Der Vorbehalt des Führerwillens und der Vorbehalt des Gesetzes im nationalsozialistischen Verfassungsrecht.

Abhandlung
zur
Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität
zu Bonn

vorgelegt von
Charlotte Dieckmann
aus M.Gladbach.

1937

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Angenommen auf Bericht
des Dozenten Dr. Ernst Friesenhahn
und des Geheimen Hofrats Professor Dr. Thoma.

Abgeschlossen nach dem Stande vom 1. März 1937, mit einigen Abänderungen nach dem Stande vom 1. August 1937.

Herrn Dozenten Dr. Ernst Friesenhahn!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

I. Der liberale Gesetzesstaat.

Aldag, Heinrich: Die Gleichheit vor dem Gesetz nach der Reichsverfassung. Berlin 1925.

Anschütz, Gerhard: Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz. Dissertation. Leipzig 1891.

— Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht. Tübingen und Leipzig, 2. Aufl. 1901.

— Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen. VerwArch. Bd. XIV. S. 315.

— Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts. PrVerwBl. Bd. 22, 1901 S. 83.

— Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. Aug. 1919, 4. Bearbtg., Berlin 1933, 14. Aufl.

Arndt, Adolf: Das selbständige Verordnungsrecht. Berlin 1902.

— Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches auf der Grundlage des preußischen. Berlin und Leipzig 1894.

Bornhak, Conrad: Preußisches Staatsrecht. Bd. I, 1. Aufl. Breslau 1911.

Breitholdt, Hermann: Das Grundrecht der Gleichheit vor dem Gesetz in Art. 109 Abs. 1 d. RV. PrVerw. 47 S. 110.

v. Brünneck, Götz: Privilegium, Individualrechtssatz und Verfügung. Heidelberg 1933.

Bühler, Ottmar: Die subjektiv-öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914.

Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928.

Gneist, Rudolf: Verwaltung, Justiz, Rechtsweg. Berlin 1869.

Grau, Richard: Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten. Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II § 80 S. 274.

Grotefend, G. A.: Lehrbuch des preußischen Verwaltungsrechts. Bd. I, Berlin 1890.

Hänel, Albert: Deutsches Staatsrecht. Bd. I. Leipzig 1892.

— Studien zum Deutschen Staatsrecht. Bd. II, 2: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. Leipzig 1888.

Heller, Hermann: Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. In Veröffl. d. Vereinigg. d. D. Staatsr. L. Heft 4, Berlin und Leipzig 1928.

Holstein, Günther: Die Theorie der Verordnung im französischen und belgischen Verwaltungsrecht in Bonner Festg. f. Zitelmann, 1923, S. 307.

Huber, Ernst Rudolf: Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich. Breslau 1930.

Hubrich, Eduard: Das Reichsgericht über den Gesetzes- und Verordnungsbegriff nach Reichsrecht. Berlin 1905.

Jacobi, Erwin: Die Rechtsverordnungen. HdbStR. Bd. II § 77 S. 236.

— Die Verwaltungsverordnungen. HdbStR. Bd. II § 78 S. 255.

— Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten nach Art. 48 d. RV. Veröffl. d. V. d. D. Staatsr. L. Heft 1 Berlin und Leipzig 1924.

Jellinek, Georg: Gesetz und Verordnung. Freiburg 1887.

Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.
— Verwaltungsrecht. Berlin 1928.
— Das einfache Reichsgesetz. HdbStR. § 72.
v. Ihering, Rudolf: Der Zweck im Recht, Bd. I, Leipzig 1877.
Kaufmann, Erich: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 d. RV. Veröffl. d. D. Staatsr. L. Heft 3, Berlin und Leipzig 1927.
Laband, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. Bd. II Tübingen 1911.
— Zur Lehre vom Budgetrecht. ArchÖfflR. Bd. I S. 172.
— Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preuß. Verfassungsurkunde. Zeitschr. f. Ges. u. Rechtspflege f. Pr. Bd. IV, 7/8. Heft, Berlin 1870.
Leibholz, Gerhard: Die Gleichheit vor dem Gesetz. Berlin 1925.
Leuthold, C. E.: Das königlich-sächsische Verwaltungsrecht. Leipzig 1878.
Loening, Edgar: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.
Lotz, Edmund: Das Individualgesetz nach deutschem Reichsrecht. Dissertation Bonn. Berlin 1933.
v. Martitz, F.: Über den konstitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht. ZStW. Bd. 36 S. 207.
Maschke, Hermann: Die Rangordnung der Rechtsquellen. Berlin 1932.
Mainzer, Otto: Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht. Berlin 1929.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I, 3. Aufl. München und Leipzig 1924.
Meyer, Georg: Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats. Grünh. Ztschr. Bd. 8 S. 1.
— Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. 5. Aufl. Leipzig 1899.
Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Aufl. München und Leipzig 1917.
Peren, Walter: Die Unzulässigkeit unmittelbar durch Gesetz erfolgender Eingriffe in Grundrechte. Dissertation Bonn 1928.
Peters, Hans: Die Satzungsgewalt innerstaatlicher Verbände. HdbStR. Bd. II § 79 S. 264.
Poetzsch, Fritz: Verfassungsmäßigkeit der vereinfachten Gesetzgebung. Arch. ÖfflR. Bd. 40 S. 156.
Poetzsch-Heffter: Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919, 3. Aufl. Berlin 1928.
Richter, Lutz: Die Organisationsgewalt, Verwaltungsreform und Rechtsstaat. Leipzig 1926.
v. Rönne, Ludwig: Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie, Bd. I 4. Aufl. Leipzig 1881.
v. Rönne-Zorn: Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie Bd. I 5. Aufl. Leipzig 1899.
Rosin, Heinrich: Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. 1/2. Aufl. 1882, 1895, Breslau.
Rümelin, Max: Die Gleichheit vor dem Gesetz. Tübingen 1928.
v. Sarwey, O.: Allgemeines Verwaltungsrecht. Handb. d. öfftl. R. v. Marquardsen, Bd. I. Freiburg 1887.
Seligmann, Ernst: Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinn. Berlin und Leipzig 1886.
Smend, Rudolf: Die Preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen. Göttingen 1904.
Schmitt, Carl: Verfassungslehre. München und Leipzig 1928.
— Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 d. RV. Veröffl. d. Vereingg. d. D. Staatsr. L. I, S. 263, Berlin und Leipzig 1924.
— Legalität und Legitimität. München und Lpzg. 1932.
— Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weim. RV. Berlin und Leipzig 1926.

Schultes, Karl: Die Jurisprudenz zur Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 II der Weim. Verfassung. Bonn 1934.
Schulze, Hermann: Das Preußische Staatsrecht auf Grundlage des deutschen Staatsrechts. 2. Aufl. Leipzig 1888.
v. Stein, Lorenz: Die Verwaltungslehre. Bd. I. 1. Teil, Stuttgart 1869.
Stier-Somlo, Fritz: Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preußisch-deutsche Verwaltungsrecht. 1. Teil, Berlin 1900.
— Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Bd. I Berlin und Leipzig 1924.
— Gleichheit vor dem Gesetz, bei Nipperdey, Bd. I, S. 158. Berlin 1929.
v. Stockmar, E. A. Chr.: Studien zum Preußischen Staatsrecht. Bd. II: Gesetz und Verordnung. Ägidis Zschr. f. D. StR. Bd. I, 2. Heft, S. 196, Berlin 1865.
Thoma, Richard: Der Polizeibefehl im Badischen Recht. 1. Teil, Tübingen 1906.
— Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht. Festg. f. O. Mayer, 1916 S. 167.
— Grundbegriffe und Grundsätze (der Funktionen der Staatsgewalt). HdbStR. Bd. II § 71.
— Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung. HdbStR. Bd. II § 76.
— Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen; bei Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, S. 1, Berlin 1929.
— Grundrechte und Polizeigewalt. Festg. f. Pr. OVG. S. 183, Berlin 1925.
— Rechtsgutachten in Sachen Ilseder Hütte gegen Deutsches Reich. Hannover 1927.
Zorn, Philipp: Die deutschen Staatsverträge. Zschr. f. d. ges. StW. Bd. 36, S. 1, 1880.
— Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. I, 2. Aufl. Berlin 1895.

II. Das nationalsozialistische Verfassungsrecht.

Bühler, Ottmar: Bilanz und Steuer bei Einkommens-, Gewerbe- und Vermögensbesteuerung, 3. Aufl. Berlin 1937.
Eichhorn, LGRat: Bindung des Richters an das Gesetz und neuzeitliche Rechtsfindung. DJZ. 1935 Sp. 321.
Fabricius, Hans: Gedanken über nat.soz. Verwaltungspolitik. Zschr. d. Ak. f. D. Recht 1935 S. 46.
Fauser, Manfred: Das Gesetz im Führerstaat. ArchÖfflR. N. F. Bd. 26 S. 129.
Felsch, Senatspräs.: Baufreiheit. RVerw. Bl. 1935 S. 329.
Frank, Hans: Deutsches Verwaltungsrecht. München 1937.
Franzen, Hans: Gesetz und Richter. Hamburg 1935.
Freisler, Roland: Richter und Gesetz. In: Die VerwAk. Bd. I Gr. 2 Beitr. 17.
Freudenberger, Georg: Beiträge zur Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis im öffentlichen Rechte. In: Annalen des Deutschen Reiches. Jahrgg. 1931 S. 163.
— Die Bedeutung des besonderen Gewaltverhältnisses im neuen Staat. RuPrVerwBl. 1933 S. 944.
Frick, Wilhelm: Der Neubau des Dritten Reiches. Berlin 1934.
Friesenhahn, Ernst: Die Selbstverwaltung öffentlicher Genossenschaften, bei Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 262.
Gerber, Hans, Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reiches. Tübingen 1933.

Göring, Hermann: Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft. Hamburg 1935.
Hamel, Walter: Die Polizei im nationalsozialistischen Staat. DJZ. 1935 Sp. 326.
— Die Polizei im neuen Reich. Deutsches Recht 1935 S. 412.
— Wesen und Rechtsgrundlagen der Polizei im nationalsozialistischen Staat, bei Frank, Deutsches Verwaltungsrecht S. 381.
Heckel, Johannes: Staats-, Verwaltungs- und Kirchenrecht im Dritten Reich; in: Berichte über die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts. Hamburg 1935.
— Wehrpflicht und Verfassung. DVerwBl. 1935 S. 157.
Herschel, Wilhelm: Staatlicher Befehl und richterliches Ermessen im neuen Reich. DJZ. 1933 Sp. 1008.
Hitler, Adolf: Mein Kampf. München 1933.
Höhn, Reinhard: Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken. Hamburg 1934.
— Das Gesetz als Akt der Führung. D.Recht 1934 S. 433.
— Polizeirecht im Umbruch? D.Recht 1936 S. 128.
Huber, Ernst Rudolf: Die Deutsche Staatswissenschaft. In ZStW. Bd. 95 Seite 1.
— Die Einheit der Staatsgewalt. DJZ. 1934 Sp. 950.
— Wesen und Inhalt der politischen Verfassung. Hamburg 1935.
— Verfassung. Hamburg 1937.
— Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts. Berlin 1935.
— Die Rechtsstellung des Volksgenossen. Zschr. f. d. ges. StW. Bd. 96, 1936, S. 438.
Knauth, Rudolf: Gesetzmäßige Verwaltung und Polizeigewalt. DJZ. 1935 Sp. 222.
— Die heutige Lage der Verwaltungsgerichtsbarkeit. DJZ. 1934 Sp. 1119.
Koellreutter, Otto: Grundriß der allgemeinen Staatslehre. Tübingen 1933.
— Deutsches Verfassungsrecht. Berlin 1935.
— Das Verwaltungsrecht im nationalsozialistischen Staat. DJZ. 1934 Sp. 625.
— Wesen und Rechtscharakter des deutschen Volksstaates. RuPrVerwBl. 1934 S. 806.
— Der nationalsozialistische Rechtsstaat. In: Die Verw.Akademie, Bd. I, Gruppe 2, Beitrag 15.
— Quellen des nationalsozialistischen Staatsrechts In: Die Verw.Akad., Bd. I, Gruppe 2, Beitr. 16.
— Deutsches Verwaltungsrecht. Berlin 1936.
Köhler, L. v., Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart-Berlin 1935.
Köttgen, Arnold: Deutsche Verwaltung. Leipzig 1936. 2. Aufl. 1937. (Wo nichts besonderes bemerkt, ist die 1. Aufl. gemeint).
— Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Führerstaat. RVerwBl. 1936 S. 457.
Küchenhoff, Günther: Nationaler Gemeinschaftsstaat. Volksrecht und Volksrechtsprechung. Berl. und Leipzig 1934.
Laforet, Wilh.: Deutsches Verwaltungsrecht. München und Leipzig 1937.
Larenz, Karl: Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie. Tübingen 1934.
Lauer, Klaus: Die Bedeutung der nationalsozialistischen Revolution für das Verwaltungsrecht. RuPrVerwBl. 1934 S. 705.
Maunz, Theodor: Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts. Hamb. 1934.
— Die Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts seit dem Jahre 1933. ZStW. Bd. 95 S. 311.
— Neues Rechtsdenken in der Verwaltung. DVerw. 1935 S. 65.
— Verwaltung, Hamburg 1937.
— Enteignung im Wandel der Staatsauffassung. Freiburg 1936.
— Die Rechtmäßigkeit der Verwaltung, bei Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 51.

Münch, Kurt: Wirtschaftliche Selbstverwaltung. Hamburg 1936.
Reuß, Hermann: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich. JW. 1935 S. 2025.
— Der neue Staat und die Verwaltungsgerichtsbarkeit. DVerwBl. 1936 S. 217.
Seydel, Helmuth: Die zwei Begriffe der Rechtssicherheit. In D.Rechtswissenschaft 1936, 1. Heft S. 84.
Schack, Friedrich: Die richterliche Kontrolle von Staatsakten im neuen Reich. RuPrVerwBl. 1934 S. 592.
— Das Problem des Verwaltungsaktes, bei Frank. Deutsches Verwaltungsrecht, S. 317.
Scheuner, Ulrich: Gesetz und Einzelanordnung. Jena 1935.
— Die nationale Revolution. ArchÖfftlR. N. F. 24 S. 166.
— Die Gerichte und die Prüfung politischer Staatshandlungen. RVerw.-Bl. 1936 S. 437.
— Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft, bei Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 82.
Schmitt, C.: Staat, Bewegung, Volk. Hamburg 1933.
— Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens. Hamburg 1934.
Schüle, Adolf: Verwaltungsermessen und nat.soz. Rechtsdenken, bei Frank. Deutsches Verwaltungsrecht, S. 341.
Stratenwerth, Fritz H.: Verordnung und Verordnungsrecht im Deutschen Reich. Berlin 1937.
Stödter, Rolf: Verfassungsproblematik und Rechtspraxis; ArchÖfflR. 1936 S. 166 ff.
Stuckart, Wilhelm: Nationalsozialistischer Staat und Verwaltungsgerichts-gerichtsbarkeit; D. Verwaltung 1935 S. 161.
Stuckart-Globke: Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung. Bd. I. München und Berlin 1936.
Surén-Loschelder: Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935. Berlin 1935.
Tatarin-Tarnheyden, Edgar: Werdendes Staatsrecht. Berlin 1934.
Ule, Carl Herm.: Das besondere Pflichtenverhältnis und der Wandel der Staatsidee. RuPrVerwBl. 1934 S. 649.
— Zum Verordnungsrecht des Führers nach dem Gesetz vom 1. Dezember 1933. RVerwBl. 1935 S. 233.
Wacke, Gerhard: Steuerrecht und Rechtsneubau, Berlin 1936.
Weidemann, Johannes: Die Selbstverwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände, bei Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 185.

Einleitung.

In der absolutistischen Verfassung war der Wille des souveränen Herrschers die alles beherrschende Macht im Staat, in welcher Form er auch immer kundgetan wurde. Alle Anordnungen im Staat waren dem Herrscherwillen vorbehalten oder mußten auf seinen Willen zurückführbar sein. Mit diesen Anordnungen griff der Herrscher in jeden Bereich seiner Untertanen ein, eine persönliche außerstaatliche Freiheitssphäre des einzelnen wurde nicht anerkannt.

Der Staat der nachabsolutistischen Zeit war ein liberaler Staat. Ihm gegenüber stand der Bürger, der den Staat anerkannte, da er ohne dessen Ordnungen als Einzelperson nicht existieren konnte, der aber auf der anderen Seite die größtmögliche Freiheit seiner individuellen Stellung gewahrt wissen wollte. Die Freiheit vom Staat war die Losung des liberalistischen Zeitalters, verbunden mit der zum Nutzen dieser Freiheit notwendigen Bindung an den Staat.

Um diese Bindung zu verwirklichen, wurde dem Staat die Macht gegeben, in die Freiheitssphäre des Individuums einzugreifen; dieser Eingriff aber konnte nur geschehen in der Form des Gesetzes. Das formelle Gesetz kam unter Mitwirkung der Volksvertretung zustande, daher garantierte das formelle Gesetz den Schutz der Freiheit gegenüber dem Machtstreben des Staates und daher mußte auch jeder Eingriff von Seiten des Staates in diese Freiheit dem formellen Gesetz vorbehalten sein.

Der **Vorbehalt des Gesetzes** bedeutete ganz allgemein, daß es eines formellen Gesetzes bedurfte, wenn in die Freiheitssphäre des Individuums eingegriffen wurde[1]). An die Stelle des Herrscherwillens war im liberalen Staat der Wille der „Rechtspersönlichkeit Staat" getreten, der in der Form des Gesetzes zum Ausdruck kam. Das Gesetz, nicht der hinter ihm stehende Gesetzgeber, wurde der alles beherrschende Wille im Staat[2]).

Die nationalsozialistische Verfassung kennt nicht mehr eine vom Staat getrennte Freiheitssphäre des einzelnen. Der Volksgenosse ist Glied der Gemeinschaft, in der er eine Rechtsstellung innehat, die ihren Sinn durch die Gemeinschaft erhält[3]). Es ist der Führer, der dem Volksgenossen diese Rechtsstellung gibt und durch das von ihm gesetzte Recht gestaltet und schützt. Alle Anordnungen für die Rechtsstellung der Volksgenossen in der Gemeinschaft sind daher dem **Führerwillen vorbehalten**.

---

1) Es ist hier nur eine der Umschreibungen des Vorbehalts des Gesetzes angeführt, politisch gesehen aber ist sie die bedeutungsvollste.
2) Vgl. Thoma, HdbStR. Bd. II S. 221 Anm. 2.
3) Vgl. Huber, Rechtsstellung S. 446/7.

Dieser Wille des Führers kommt in verschiedenen Formen zum Ausdruck. Seine höchste Form ist die des Gesetzes. Es erhebt sich nun die Frage, ob dieser Gesetzesform auch heute noch bestimmte Anordnungen im Staate vorbehalten sind, und wie sich der Vorbehalt des Führerwillens zu diesem Vorbehalt des Gesetzes verhält.

Das Problem vom Vorbehalt des Gesetzes, das aus der Stellung des einzelnen gegenüber dem Staat entstanden war, muß heute von einer ganz anderen Grundlage aus gesehen werden, und es erscheint zunächst eine Anknüpfung an geschichtliche Ergebnisse nicht möglich. Aber in einer Zeit des Umbruchs — und in einer solchen leben wir heute sicherlich, denn Umwälzungen von so grundlegender Bedeutung wie die der nationalsozialistischen Revolution sind nicht in ein paar Jahren abgeschlossen — sind neue Begriffe nur dann klar zu fassen, wenn sie in Vergleich gesetzt werden zu den traditionellen Begriffen der vergangenen Zeit. Nur im Vergleich und der Gegenüberstellung ersehen wir deutlich die Änderung und Neuordnung im nationalsozialistischen Verfassungsrecht.

Es soll daher zunächst die Entstehung und die Bedeutung des Vorbehalts des Gesetzes im Zeitalter des liberalen Staates dargetan werden.

Der Vorbehalt des Gesetzes im liberalen Gesetzesstaat.

A. Die organisatorische Gewaltenteilung.

Nachdem die absolutistische Herrschaftsordnung, die die ganze Staatsgewalt in der Hand des Souveräns vereinigte, zusammengebrochen war, forderte die liberale Staatsgestaltungsidee, die Staatstätigkeit, deren gegenständliche Teilung in Rechtsetzung, Verwaltung und Rechtsprechung schon seit Aristoteles [4]) anerkannt wurde, auch organisatorisch zu trennen, damit die eine Gewalt die andere hemme und so der Bürger vor dem Mißbrauch der Staatsgewalt geschützt werde. Die unterschiedlichen Zuständigkeiten und gegenseitigen Abhängigkeiten der obersten Gewaltenträger, sowie die Beteiligung der Volksvertretung an der Rechtsetzung sollten die Freiheit der Bürger sichern [5]).

Diese von Montesquieu schon ein halbes Jahrhundert vorher geforderte Gewaltentrennung wurde von den Verfassungen des 19. Jahrhunderts eingeführt. Der neugeschaffenen Volksvertretung wurde ein Anteil an der rechtsetzenden Gewalt eingeräumt. Die Rechtsetzung erfolgte in der Form der Gesetzgebung, die meist ausgeübt wurde durch König und Volksvertretung. Diese Legislative war eine neue Gewalt, der Monarch hatte nicht etwa weiterhin das Recht der Gesetzgebung, das er nur mit Zustimmung der Volksvertretung ausüben durfte [6]).

4) Aristoteles, Politik 1297 b, 1298 a.
5) Thoma, HdbStR. Bd. II S. 111.
6) Daher irrig Bornhak, 2. Aufl. Bd. I. S. 462, 520. Die Eingangsformel der Gesetze hatte wohl nur eine konventionelle Bedeutung.

Die Gewaltentrennung war nun in den neuen Verfassungen nicht streng durchgeführt, da die meisten Staaten einen absoluten Herrscher gehabt hatten, dieser aber Staatsoberhaupt blieb und nur durch die meist von ihm selbst gegebene Verfassung seine eigene Gewalt beschränkt hatte. Die Volksvertretung hatte — zunächst jedenfalls — nur die Rechte, die ihr durch die Verfassung übertragen waren, und die Vermutung sprach weiterhin für das Recht der Krone. Das galt nicht nur für die Staaten, deren Verfassung die ausdrückliche Formulierung enthielt, daß der Monarch alle Rechte der Staatsgewalt in sich vereinige [7]), sondern auch für die anderen Staaten, die, wie Preußen, keine solch eindeutige Verfassungsklausel für die staatsrechtliche Stellung der Krone kannten [8]).

Die entscheidende Frage war nun, was dem Monarchen von seiner Machtfülle geblieben, was ihm durch die Verfassung entzogen und der Legislative übertragen war, mit anderen Worten welche Angelegenheiten der Volksvertretung und damit unter anderem der Regelung durch ein formelles Gesetz vorbehalten waren, welche noch der Monarch selbständig ohne Mitwirkung des Parlamentes regeln konnte. Die Frage nach dem Vorbehalt des Gesetzes war daher zugleich eine Frage nach der Kompetenzverteilung, und daher bestimmte der Vorbehalt zunächst nicht nur, welche Gebiete von der Legislative geregelt werden mußten, sondern insbesondere auch, was diese regeln konnte, während sämtliche anderen Gebiete zum Vorbehalt der alleinigen Regelung durch den Monarchen gehörten.

B. Der Umfang des Vorbehalts des Gesetzes.

Der Vorbehalt des Gesetzes wurde umschrieben durch die Gesamtheit derjenigen Rechtsätze, welche bestimmten, daß ein Staatsakt nur durch förmliches Gesetz erlassen werden dürfe [9]). Unter Gesetz im formellen Sinne aber verstand man einen Staatsakt, der von der Legislative in der hierfür vorgesehenen Form erlassen wurde [10]); und für das liberale Staatsrecht war von besonderer Bedeutung, daß zu dieser Legislative gerade die Volksvertretung gehörte.

Der Vorbehalt des Gesetzes bedeutete also immer den Vorbehalt des förmlichen Gesetzes und wurde durch den Vorrang des Gesetzes, den sogenannten Allgemeinvorbehalt des Gesetzes und die Sondervorbehalte geschaffen.

---

7) Vgl. Bayern Titel II, § 1, Titel VII, § 1; Königreich Sachsen § 4, § 79 Abs. 1; Baden §§ 5, 50; Hessen §§ 4, 66. Man kann trotz dieser Klausel auch in diesen Staaten von einer Gewaltenteilung sprechen; denn die einzelnen Funktionen waren an verschiedene Organe verteilt. Vgl. u. a. Sachsen §§ 86, 87; Baden §§ 64, 65; Hessen §§ 72, 73.

8) Anschütz, Gegenw. Theor. S. 4 ff.; Meyer, Lehrb., 5. Aufl. S. 226 f., 268; Loening, Verw.R. S. 29; v. Rönne-Zorn S. 206, 208; Arndt, VOR. S. 65; Smend, S. 29.

9) Thoma, HdbStR. Bd. II S. 221.

10) Thoma, HdbStR. Bd. II S. 126.

I. Der Vorrang des Gesetzes.

Der Vorrang des Gesetzes bedeutete, daß Staatsakte, die in der Form des Gesetzes ergingen, allen anderen Staatsakten, die in anderen Formen in Erscheinung traten, vorgingen. Ein förmliches Gesetz konnte nur wieder durch ein förmliches Gesetz aufgehoben oder abgeändert werden.

Aus diesem Vorrang des Gesetzes ergaben sich mehrere Probleme.

a) Mit der Schaffung des Verfassungsstaates waren die alten absolutistischen Gesetze keineswegs aufgehoben, und es entstand nun die Frage, inwieweit vorkonstitutionelle Erlasse Vorrangseigenschaft hatten, sodaß ihre Aufhebung, Änderung und vielleicht Durchbrechung nur durch förmliches Gesetz erfolgen konnte, insbesondere mußte ein Merkmal gesucht werden, nach dem sich die vorkonstitutionellen „Gesetze" von den vorkonstitutionellen „Verordnungen" unterschieden. Otto Mayer und Thoma sahen dieses Merkmal in der Publikation [11]). Wenn der Monarch nicht lediglich eine instruktionell die Behörden verpflichtende, sondern eine allgemein verpflichtende Anordnung treffen wollte, so pflegte er diese zu veröffentlichen; die Publikation der Erlasse des absoluten Monarchen konnte also zur Unterscheidung von Gesetz und Verordnung für die nachabsolutistische Zeit dienen. Die Publikation war zwar ein rein äußerliches Merkmal, aber gerade die Veröffentlichung gab der Anordnung eine „gewisse Richtung auf die Untertanen im Sinne des Gesetzes" [12]).

b) Die vorkonstitutionellen veröffentlichten Gesetze hatten Vorrangseigenschaft insofern, als sie nicht durch königliche Verordnungen aufgehoben oder abgeändert werden konnten, sondern dazu bedurfte es eines förmlichen Gesetzes [13]). Die Vorrangseigenschaft aber stand nicht einem durchbrechenden Individualakt des Monarchen entgegen; es war nicht einzusehen, daß der Landesherr die Anordnungen, die er selbst erlassen hatte, nicht für den Einzelfall durchbrechen konnte [14]).

Gegenüber den Gesetzen, die unter Mitwirkung der Volksvertretung entstanden waren, aber war ein Recht des Königs, diese für den Einzelfall nicht zu beachten, nicht anzuerkennen; eine solche Durchkreuzung hätte zur völligen Entwertung der parlamentarischen Mitwirkung geführt [15]).

---

11) O. Mayer, 1. Aufl. Bd. 1 S. 119 ff. Vgl. dazu Thoma, Vorbehalt, S. 198 f. Die weiteren Argumente für diese Ansicht sind bei Thoma S. 201 bis 211 zu verfolgen.

12) O. Mayer a.a.O.

13) Es wird hier ersichtlich, daß die Vorrangseigenschaft des Gesetzes nicht scharf zu trennen ist von dem später zu erörternden Grundsatze vom Allgemeinvorbehalt; gerade weil alle allg. Anordnungen, die für die Bürger ergingen, der Regelung durch das förmliche Gesetz vorbehalten waren, sollten auch die allg. Anordnungen, die die vorkonstitutionellen „Gesetze" aufhoben oder änderten, nur in der Form des Gesetzes ergehen. Gerade darum wurde diesen „Gesetzen" die Vorrangseigenschaft zugesprochen.

14) Anders wurde es allerdings, als sich die strenge Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gewohnheitsrechtlich durchgesetzt hatte. Doch davon später.

15) Thoma, Vorbeh. S. 183, 217.

c) Die konstitutionellen Gesetze hatten in jeder Beziehung Vorrangseigenschaft; nicht nur der König, sondern auch die unmittelbar mit den Bürgern in Berührung stehenden Verwaltungsbehörden, die allerdings vom König abhängig und mithin denselben Beschränkungen unterworfen waren, durften keinen Akt contra legem erlassen. Insofern war die Notwendigkeit einer gesetzmäßigen Verwaltung unbestritten, d. h. die Verwaltung durfte nur handeln im Rahmen und unter Bindung an die Gesetze [16]).

d) Eine andere Frage war: Bedeutete der Vorrang des formellen Gesetzes auch, daß es für den Einzelfall selbst durch ein formelles Gesetz nicht durchbrochen werden konnte?

Es handelt sich bei dieser Frage um ein Teilproblem aus dem Problemkreis der Zulässigkeit des Individualgesetzes, nämlich darum, ob für einen konkreten Tatbestand eine individuelle Bestimmung in Gesetzesform [17]) getroffen werden kann, die ein bestehendes formelles Gesetz durchbricht.

Der Streit um die Zulässigkeit des Individualgesetzes entbrannte insbesondere in der Zeit des Weimarer Staates. Es handelte sich bei diesem Streit um die Zulässigkeit des Individualgesetzes überhaupt, und das ist ein Streit, der sich mit dem Inhalt und nicht lediglich mit der Form des Gesetzes beschäftigt und daher in diesen Zusammenhang nicht hineinzugehören scheint. Aber die Argumente, die gegen die Zulässigkeit des Individualgesetzes schlechthin angeführt wurden, sind dieselben, die gegen eine formellgesetzliche Durchbrechung des Gesetzes sprechen. Würde man diesen Argumenten zustimmen, so müßte man sagen, daß der notwendige Inhalt des formellen Gesetzes die Allgemeinheit der Norm ist; damit aber ginge gerade der Vorrang des Gesetzes so weit, eine Durchbrechung nicht zu gestatten, selbst wenn diese in der Form des Gesetzes erging. Daher ist auch die Erörterung des Individualgesetzes in diesem Zusammenhang vom Vorrang des Gesetzes am Platze.

In der Weimarer Zeit trat vor allem Carl Schmitt als Vorkämpfer der Forderung nach der Allgemeinheit des Gesetzes auf: Da der oberste Staatswille das Gesetz sei, daher an die Stelle der Herrschaft eines

16) Eine andere Frage war, ob jeder Verwaltungsakt einer gesetzlichen Ermächtigung bedurfte. Diese Frage aber hat mit der Vorrangswirkung nichts zu tun und wird daher in einem anderen Zusammenhang erörtert.

17) Thoma, HdbStR. Bd. II S. 126. Das entscheidende Merkmal ist, daß es sich um die Regelung eines Einzelfalles handelt; es kommt nicht darauf an, daß sich der Befehl an eine einzelne Person richtet (Laband, StR. 2 S. 2; G. Meyer, Grünhut S. 15; Haenel, Studien S. 130; Rosin, 2. Aufl. S. 7 ff.; Ihering, S. 340). Tut er es aber, so ist das immer die Regelung eines konkreten Tatbestandes; die Anordnung, die ein bestimmtes Vorkommnis betrifft, umfaßt die Anordnung an einen einzelnen (Thoma, Polizeibefehl S. 62). Angesichts der Gesetzespraxis war während des konstitutionellen und Weimarer Staates an der Zulässigkeit von „Fallgesetzen" (Lotz S. 7) oder „Allgemeinverfügungen", die zwar nur einen bestimmten Fall regelten, sich aber an die Allgemeinheit richteten, nicht zu zweifeln. Es handelte sich bei der Streitfrage in der Hauptsache um die wirklich einmaligen an eine Person oder Personengruppe gerichteten Akte (Thoma, HdbStR. Bd. II S. 147).

Menschen die Herrschaft des Gesetzes getreten sei, so sei, um eine willkürliche Herrschaft des gesetzgebenden Parlamentes zu vermeiden, erforderlich, daß das Gesetz eine generelle Norm sei. Nur wenn der Gesetzgeber selbst an das Gesetz gebunden sei, indem er zwar ein Gesetz aufheben und ein neues erlassen, nicht aber für den Einzelfall seine eigene Norm durchbrechen könne, sei der „Gesetzesstaat" ein Rechtsstaat[18]). Auch die Lehre von der Teilung der Gewalten sei nur sinnvoll, wenn unter Gesetz eine generelle Norm verstanden würde; die allgemeine Regelung gehöre in den Bereich der Gesetzgebung, die Anordnung im Einzelfall in den der Verwaltung, der Einzelakt durch Gesetz würde aber Rechtsetzung und gleichzeitige Anwendung durch die Legislative bedeuten[19]). Auch die Unabhängigkeit der Richter von dienstlichen Befehlen, die ja die Abhängigkeit der Richter vom Gesetz zum Korrelat habe, sei nur durchgeführt, wenn das Gesetz einen generellen Charakter habe, denn wenn der Gesetzgeber Einzelbefehle erteilen könne, dann sei der Richter abhängig von der für die Gesetzgebung zuständigen Stelle[20]).

Vor allem wurde aber von C. Schmitt und anderen[21]) Art. 109 Weim. RV. herangezogen: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich". Die Gleichheit vor dem Gesetz bedeute nicht nur gleichmäßige Anwendung der Gesetze, sondern Schutz vor jeder Durchbrechung eines einmal erlassenen Gesetzes; wenn ein Gesetz nur an einen einzelnen ergehe, könne logischer Weise nicht mehr von Gleichheit vor diesem Gesetz gesprochen werden, denn diese setze eine Mehrheit von Betroffenen voraus[22]). Die Kontroverse über Art. 109 fand also ihren Ausgangspunkt in der Frage, ob er nur für die ausführenden Organe oder auch für den Gesetzgeber galt.

Die Gegner[23]) der Auslegung, daß der Gesetzgeber an Art. 109 gebunden sei, führten vor allem an, daß dann jedes Gesetz daraufhin geprüft werden müsse, ob es mit dem Gleichheitsgrundsatz übereinstimme oder nicht. Das prüfende Gericht beurteile den Gesetzgeber und werde damit zu seinem Herrscher. Nicht mehr das Gesetz, sondern der Urteilsspruch werde zum obersten Staatswillen, und der Satz, daß der Richter dem Gesetz unterworfen sei (Art. 102 Weim. RV.), habe dann keinen Sinn mehr, ganz abgesehen davon, daß das richterliche Prüfungsrecht zwangsläufig zu einer Politisierung der Justiz führen müsse[24]).

Für den Gesetzgeber des bürgerlichen Rechtsstaates galt ganz allgemein der Satz, daß der „Gesetzgeber nicht gleich zu wertendes ungleich

---

18) C. Schmitt, Verfassungsl. S. 139; Peren S. 48; Huber, Verträge S. 40 f.

19) C. Schmitt a.a.O. S. 151; Peren S. 49/50.

20) C. Schmitt a.a.O. S. 155; Peren, S. 51.

21) C. Schmitt a.a.O. S. 154; Peren, S. 52; ferner u. a. E. Kaufmann, VStRL. 3 S. 19; Stier-Somlo b. Nipperdey S. 179, 198; Leibholz, ArchÖR. 12 S. 27, 31; Aldag S. 18, 42; Rümelin S. 68, der übrigens ein begünstigendes Individualgesetz zuläßt.

22) C. Schmitt, Unabh. d. Richter S. 22.

23) u. a. Thoma, HdbStR. Bd. II S. 147 ff.; VStRL. 3 S. 58; bei Nipperdey S. 36 ff.

24) Anschütz S. 529; VStRL. 3 S. 49; Thoma VStRL. 3 S. 59; Festschr. f. OVG. S. 221 ff. Aldag, der an sich auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht, verneint das richterliche Prüfungsrecht (S. 62).

bewerten und nicht Ungleiches in eine egalisierende Zwangsjacke pressen"[25]) soll, daß die Willkür des Gesetzgebers ausgeschaltet und er gerecht sein soll. Es bedurfte nicht des Art. 109, um das als Grundsatz für jede gerechte Gesetzgebung anzuerkennen.

Art. 109 kann daher nur die Gleichheit vor dem Gesetz, nicht die Gleichheit des Gesetzes meinen. Es wurde der Rechtsanwendung eine Schranke gesetzt durch das Verbot der Willkür[26]); denn das war keineswegs eine Selbstverständlichkeit[27]).

Sollte die Gesetzgebung den mannigfaltigen Lebenserscheinungen gerecht werden, so war eine Einzelgesetzgebung unumgänglich. Die Forderung, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, konnte nicht verwirklicht werden, wenn man nur die Möglichkeit allgemeiner Normen zuließ, denn gerade die Generalisierung birgt die Gefahr der Ungleichheit in sich[28]). Sicherlich liegt in der Berechenbarkeit und Meßarbeit, die die Rechtsetzung in allgemeinen Normen bietet, ein Schutz der Freiheitssphäre des Individuums, aber eine so weitgehende Freiheit, die nicht einmal immer gerecht wäre, war auch von der Weimarer Verfassung gar nicht anerkannt.

Mit der Möglichkeit, Individualgesetze zu erlassen, war allerdings tatsächlich eine Herrschaft des Parlamentes gegeben; dafür war dieses aber die Vertretung der Bürger, die auf die Zusammensetzung durch Wahl Einfluß hatten[29]). Ferner war dadurch eine Gewaltentrennung nicht streng durchgeführt, was sich nicht vermeiden ließ, wollte man auch in der Sphäre des Gesetzgebers der Mannigfaltigkeit des staatlichen und völkischen Lebens gerecht werden. Der liberale Rechtsstaat war notwendigerweise ein Gesetzesstaat[30]).

Die aufgeführten Argumente gegen die Erforderlichkeit der Allgemeinheit des Gesetzes sprechen insbesondere auch für die Zulässigkeit der formellgesetzlichen Durchbrechung eines förmlichen Gesetzes. Gerade durch die gesetzliche Form der Durchbrechung wurde die Vorrangseigenschaft des Gesetzes gewahrt.

e) Da im Laufe der Zeit die meisten Gebiete des staatlichen Lebens von der Gesetzgebung in Anspruch genommen wurden, wurde praktisch der Vorbehalt des Gesetzes vor allem durch den Vorrang der schon vorhandenen förmlichen Gesetze umschrieben[31]).

---

25) Thoma, HdbStR. Bd. II S. 151.
26) Thoma a.a.O. S. 152; Anschütz a.a.O. S. 525.
27) Breithold, Pr.Verw.Bl. Bd. 47 S. 110.
28) Leibholz S. 109, der eine Ausnahmeregel für unzulässig hält, wenn sie auf persönlichen Motiven, z. B. auf der Zugehörigkeit einer Person zu einer Partei beruht; insofern bejaht er richterliches Prüfungsrecht, s. S. 119.
29) Jedenfalls theoretisch. Daß das Parlament tatsächlich nicht die Vertretung des Volkes war, steht auf einem anderen Blatt.
30) Ein näheres Eingehen auf die Argumente für und wider die Zulässigkeit des Individualgesetzes ist hier nicht möglich, vgl. vor allem Lotz a.a.O. der auch auf die weiteren, hier nicht angeführten Argumente C. Schmitts eingeht.
31) Thoma, HdbStR. Bd. II S. 222.

II. Der Allgemeinvorbehalt des Gesetzes.

Der Allgemeinvorbehalt des Gesetzes umfaßte die staatlichen Anordnungen, deren Erlaß wegen ihres Inhalts grundsätzlich der Legislative überlassen werden mußte.

Daneben bestanden Sondervorbehalte in einzelnen Verfassungsbestimmungen oder formellen Gesetzen, in denen für bestimmte Staatswillensakte ausdrücklich die Form des Gesetzes verlangt wurde.

Im Vordergrund stand aber bei Erlaß der konstitutionellen Verfassungen zunächst die Frage, welche Anordnungen grundsätzlich dem förmlichen Gesetz vorbehalten werden sollten. Die Entscheidung dieser Frage brachte nämlich die Lösung für die Kompetenzverteilung; sie grenzte die Rechte von Legislative und König gegeneinander ab.

Im Laufe der Entwicklung, nach Beilegung hartnäckiger Streitigkeiten in der staatsrechtlichen Theorie und Praxis, wurde schließlich der Satz allgemein anerkannt:

Die Erlassung neuer allgemeiner Rechtsätze war der Legislative vorbehalten, oder anders gesagt: Rechtssätze mußten grundsätzlich in der Form des Gesetzes ergehen. Diese Rechtssätze wurden auch Gesetze genannt und zwar Gesetze im materiellen Sinne.

Die Unterscheidung von Gesetzen im materiellen und Gesetzen im formellen Sinne war seit dem Erscheinen von Labands Budgetrecht [32]) üblich, nachdem sie schon 1865 von v. Stockmar [33]) in das deutsche Staatsrecht eingeführt worden war. Das Problem war nun, für das materielle Gesetz, den Rechtssatz, eine geeignete Begrifsbestimmung zu finden, um den Allgemeinvorbehalt näher abgrenzen zu können.

1. Der Rechtssatzbegriff.

Die Schriftsteller des liberalen Staatsrechts gaben für den Begriff des Rechtssatzes sehr verschiedenartige Bestimmungen. Die meist anerkannte Formel ging dahin, daß unter Rechtssatz eine allgemeine Anordnung des Staates, die im allgemeinen Gewaltverhältnis in Freiheit und Eigentum des Bürgers eingriff, zu verstehen war.

a) Dieser Rechtssatzbegriff wurde gewonnen im Anschluß an die Formulierungen einzelner deutscher Verfassungsurkunden, die für „allgemeine neue Landesgesetze, welche die Freiheit und das Eigentum der Staatsangehörigen betreffen", die landständische Zustimmung verlangten. Es war allerdings zweifelhaft, ob diese Verfassungen mit der

---

32) in Zeitschr. f. Gesetzgebg. und Rechtspfl. Bd. XIV S. 627 f. (1870). Übereinstimmend mit Laband: Meyer-Anschütz 2.Teil S. 638; v. Rönne Pr. StR. 4. Aufl. S. 347/8; G. Jellinek, Ges. u. VO. S. 231; Seligmann S. 2, 10; Schulze, Pr.StR. Bd. II S. 8; Anschütz, Diss. S. 3; Gegen diese Unterscheidung: Zorn, StR. S. 404, Staatsverträge S. 11; v. Martitz S. 250; Haenel, Studien S. 107 ff.

33) v. Stockmar S. 201, 208.

Freiheits- und Eigentumsformel [34]) überhaupt eine Bestimmung für den Rechtssatzbegriff geben wollten [35]), oder ob sie nicht vielmehr das Gebiet der Gesetzgebung zerlegen und durch die Klausel die Mitwirkung der Stände einschränken wollten [36]), sodaß diese nur bei allgemeinen Gesetzen und bei solchen, die in Freiheit und Eigentum eingriffen, Zustimmungsbefugnis hatten, wobei dann allerdings Freiheit und Eigentum eng auszulegen waren [37]). Es ist nicht zu ergründen, wie diese Formel gedacht war; die Entwicklung führte dazu, daß Freiheit und Eigentum im weitesten Sinne verstanden wurden, es wurde die gesamte Rechts- und Freiheitssphäre der Individuen mit diesen Worten umfaßt. Damit aber konnte die Freiheits- und Eigentumsformel zur Begriffsbestimmung des materiellen Gesetzes beitragen [38]).

b) Der Rechtssatz war ferner eine Anordnung des Staates, die im allgemeinen Gewaltverhältnis erging. Es gab nämlich neben dem allgemeinen Gewaltverhältnis zwischen Staat und Staatsangehörigen besondere Gewaltverhältnisse zur Staatsgewalt, in denen z. B. der Beamte, der Soldat, der Schüler, der Benutzer einer Anstalt standen. Normen, die innerhalb dieser engeren Gewaltverhältnisse, insbesondere innerhalb des Verwaltungsapparates galten, waren keine Rechtssätze, sondern sogenannte Verwaltungsverordnungen.

c) Daß der Rechtssatz nur eine allgemeine Anordnung sein konnte, war von der liberalen Staatsrechtstheorie zunächst nicht klar erkannt worden. Nach der Ansicht einzelner Autoren [39]) konnte der Individualakt, also die Anordnung, die für einen konkreten Tatbestand eine individualisierte Bestimmung traf [40]), niemals Rechtssatz, sondern nur Verwaltungsakt sein. Diejenigen Autoren, die das Abstrakte, Allgemeine des Rechtssatzes nicht als sein wesentliches Merkmal ansahen [41]), zählten die Individualgesetze zu den Gesetzen im materiellen Sinne, da auch sie Anordnungen waren, die in Freiheit und Eigentum des Bürgers eingriffen. Anscheinend aber hielten sie nur den Individualakt, der in Gesetzesform erging, für einen Rechtssatz; sie zogen nämlich nicht den Schluß, daß alle Individualakte, die in Freiheit und Eigentum der Bürger eingriffen, wie z. B. Enteignungen und verpflichtende [42]) Polizeiverfügungen, Rechtssätze wären, und zwar auch dann, wenn sie nicht in Gesetzesform

---

34) Bayern Titel VII § 2; Baden § 65; Sachsen-Weimar § 4 Nr. 6.

35) So Anschütz, Gegenwärtige Theor. S. 168.

36) So G. Jellinek, Ges. u. VO. S. 110; Haenel, Studien II S. 286/7.

37) Bei weiter Auslegung dieser Begriffe konnte von einer Beschränkung der Zustimmung nicht die Rede sein.

38) vgl. Thoma, Vorbeh. S. 175, HdbStR. Bd. II S. 223.

39) Seligmann S. 63/4; G. Meyer, Grünhut S. 15; Lehrb. S. 501; O. Mayer S. 74; Stier-Somlo, Einwirkung S. 87 ff.

40) Siehe oben S. 5 Anm. 17.

41) Laband StR. II S. 2 ff.; G. Jellinek S. 236; Anschütz Diss. S. 23 ff.; Rosin 2. Aufl. S. 7/8; Schulze, Pr.StR. II S. 4 im Gegens. z. Voraufl.; Ihering S. 331; Meyer Anschütz S. 640; Loening, Verw.R. S. 226.

42) Nicht die vollziehenden, denn diese setzen nicht Recht, sondern führen Angeordnetes aus.

ergingen, sondern sie schieden weiterhin den Individualrechtssatz von der Verfügung [43]).

Die einzigen, die den Versuch machten, Individualrechtssatz und Verfügung logisch voneinander abzugrenzen, waren Rosin und Ihering. Nach Rosin [44]) umfaßte der Individualrechtssatz die Fälle, in denen ein allgemeiner Rechtssatz für einen Einzelfall durchbrochen wurde, oder die Regelung eines einmaligen Tatbestandes erfolgte, für den es an einem allgemeinen abstrakten Rechtssatz überhaupt fehlte, während die Verfügung einen einzelnen konkreten Tatbestand betraf, dessen Regelung im Gesetz abstrakt vorgesehen war. Ähnlich hatte Ihering gesagt: „Das Individualgesetz ist contra legem, die Individualverfügung secundum legem" [45]), wobei allerdings die Einzelanordnung praeter legem nicht beachtet wurde.

Im Anschluß an Ihering und Rosin hat Brünneck ausgeführt: „Individualrechtssatz ist die Regelung eines einzelnen verwirklichten oder als verwirklicht angesehenen Tatbestandes, die entweder in keinem Rechtssatz vorgesehen ist oder einen Rechtssatz in irgendeiner Weise durchbricht, derart, daß neue Rechte und Pflichten geschaffen werden. Verfügung ist anderseits die Regelung eines einzelnen Tatbestandes im Rahmen oder in Vollziehung eines Gesetzes derart, daß von diesem bereits vorgesehene Rechte und Pflichten begründet werden" [46]).

Diese Unterscheidung von Individualrechtssatz und Verfügung wäre nur dann zu halten, wenn tatsächlich jede Verfügung nur auf Grund eines Gesetzes hätte ergehen dürfen, wenn also eine Verfügung nur das vom Gesetz oder Rechtssatz Angordnete ausführte oder aber wenigstens die Möglichkeit, eine Verfügung zu erlassen, vom Gesetz vorgesehen war; daher hat Brünneck seine Ansicht auch ganz richtig von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus begründet. Diese Gesetzmäßigkeit der Verwaltung war aber zu Anfang des liberalen Staates lediglich ein Postulat. Zu Beginn des konstitutionellen Verfassungsstaates konnte der Monarch selbständige, nicht auf ein Gesetz sich stützende Verfügungen erlassen, und zwar nicht nur zur Durchbrechung der vorkonstitutionellen Gesetze, sondern auch zur Regelung eines einzelnen Tatbestandes, der vom Gesetz nicht erfaßt war. Auf diese selbständige Verfügung des Monarchen wird noch näher eingegangen, hier sei nur gesagt, daß sie immerhin „Verfügung" hieß. Wenn nun eine solche Verfügung materiell als Rechtssatz bezeichnet würde, wofür Ihering, Rosin und Brünneck sie wohl auch hielten, so würden durch eine solche Bestimmung feststehende Wortdeutungen umgestoßen. Außerdem würde diese Unterscheidung von Individualrechtssatz und Verfügung zu merkwürdigen Ergebnissen führen, die kurz durch ein Beispiel dargelegt werden sollen:

Auf Grund eines Gesetzes ergeht eine Erlaubnis für den Einzelfall, und zwar in der Form eines Gesetzes; dann wäre diese Erlaubnis materiell eine Verfügung, und das Gesetz nur ein rein formelles; ergeht

---

43) Näheres über die Ansichten der älteren Autoren vgl. bei Lotz S. 1—17.
44) 2. Aufl. S. 16.
45) Ihering S. 344.
46) Brünneck S. 33.

dagegen die Erteilung der Erlaubnis durch ein formelles Gesetz, ohne daß diese in einem anderen Gesetz vorgesehen ist, so hätte die Erlaubnis den Charakter eines Rechtssatzes, das Gesetz wäre ein Individualgesetz. Dieselbe Erlaubnis wäre demnach einmal Verfügung, einmal ein Rechtssatz, ein eigentümliches Ergebnis [47]).

Ferner gab es Verfügungen, die der gesetzlichen Grundlage bedurften, diese aber im Einzelfall nicht beachteten; solche Verfügungen waren bekanntlich noch keineswegs nichtig, sondern lediglich anfechtbar. Sollte ihre Ungültigkeit sie zu Rechtssätzen machen?

Immerhin ist die Ansicht von Ihering, Rosin und Brünneck vom logischen Standpunkt aus begründbar, aber sie entsprach eben nicht der Praxis des liberalen Staatsrechts. Wenn Rechtssatz von Verfügung unterschieden werden soll, kann unter Rechtssatz nur eine allgemeine Anordnung verstanden werden. Der Individualakt ist materiell immer eine Verfügung, gleichgültig, ob er in Gesetzesform ergeht oder nicht.

d) Wurde ein Rechtssatz in der Form des Gesetzes erlassen, so war dieses formelle Gesetz zugleich ein materielles, im Gegensatz zu den rein formellen Gesetzen, die materiell einen anderen Staatsakt, z. B. einen Regierungsakt, eine Verfügung oder eine für den Verwaltungsapparat bestimmte Verordnung enthielten.

Der Rechtssatz konnte anderseits auch in der Form der Verordnung ergehen; eine solche Verordnung war materiell Gesetz und hieß Rechtsverordnung, im Gegensatz zur Verwaltungsordnung, die nur im besonderen Gewaltverhältnis erging. Unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsverordnung erlassen werden durfte, das war eine Frage des Allgemeinvorbehalts und bedarf noch näherer Erörterung. Es handelt sich hier zunächst um die Klärung des Rechtssatzbegriffes überhaupt; denn es war ja gerade der Rechtssatz, der vom Allgemeinvorbehalt erfaßt wurde.

e) Die Unterscheidung des Gesetzesbegriffes in einen materiellen und einen formellen war nicht ohne Gegner geblieben. Insbesondere wandte sich Haenel gegen den Begriff des rein formellen Gesetzes; die Gesetzgebung könne niemals Akte der Vollziehung vornehmen [48]); würden z. B. Verwaltungsakte, die kraft Amts- oder Dienstgewalt ergehen könnten, von der Gesetzgebung erlassen, so handle es sich nicht um Verwaltungsakte in Gesetzesform, sondern durch die „Aufnahme einer Vorschrift, welche ihrem Inhalte nach eine Dienstinstruktion, ein „Verwaltungsbefehl" . . . sein könnte, in ein Gesetz erfährt dieselbe eine fundamentale Umänderung ihrer rechtlichen Natur; sie wird Norm des Gesetzgebers und ist in keinem Sinne mehr Befehl des Inhabers einer Dienstgewalt" [49]). Eine Verwaltungsvorschrift in der Form des Gesetzes ist ihrer Natur nach Rechtssatz" [50]). Mit der Schlußfolgerung, daß die Form des Gesetzes den Rechts-

---

47) vgl. dazu W. Jellinek, Gesetz und Gesetzesanwendung S. 140.
48) Haenel, Studien II S. 196 (100).
49) S. 245 (149).
50) S. 246 (150).

satz zu dem ihr notwendigen Inhalt habe, wurde der Unterschied zwischen formellem und materiellem Gesetz von Haenel geleugnet[51]), während er anderseits nun nicht so weit ging, jede Anordnung der Staatsgewalt für einen Rechtssatz zu halten[52]), obwohl das logisch konsequent gewesen wäre; denn wenn auch eine Dienstanweisung, die vom Gesetzgeber gegeben wird, sicherlich nicht Befehl des Inhabers einer Dienstgewalt ist, so ist doch sehr fraglich, ob der Inhalt der Dienstanweisung seine rechtliche Natur dadurch, daß sich das erlassende Organ ändert, ebenfalls ändert[53]).

Die Gegnerschaft gegen den Begriff des rein formellen Gesetzes erklärt sich daraus, daß die Bestimmung des Rechtssatzbegriffes nicht logisch begründbar, sondern dieser Begriff lediglich ein historisch-konventioneller war[54]), was von den meisten Autoren verkannt wurde. Es war nicht zu bestreiten, daß jede Verfügung, jedes militärische Kommandowort, jede Anweisung des Chefs einer Behörde, das Amtslokal zu heizen[55]), Anordnungen des Rechts waren und von dem, der zu gehorchen hatte, sehr wohl als Rechtssätze empfunden wurden; ebenso waren die Verordnungen im inneren Verwaltungsdienst Sätze des Rechts und nicht etwa der Sitte; die Beschränkung des Rechtssatzbegriffes auf das allgemeine Gewaltverhältnis hatte also mit logischen Überlegungen nichts zu tun, zumal die Frage, wo das allgemeine Gewaltverhältnis aufhört und das besondere anfängt, nach „konstruktivem Belieben" beantwortet werden konnte[56]).

Besonders im Hinblick auf die Organisation der Behörden war die Grenze zwischen Rechtssatz und Verwaltungsvorschrift sehr flüssig. Die Schaffung der Behörde war eine Angelegenheit der inneren Verwaltung, wurde diese aber durch eine staatliche Anordnung in den Stand gesetzt, mit rechtsverbindlicher Wirkung den Untertanen zu befehlen, so war diese Anordnung ein Rechtssatz[57]). Auch Vorschriften, die nur für den Verwaltungsapparat bestimmt waren, wie Geschäftsordnungen, Dienstanweisungen, konnten den Bürger angehen, da dieser sich z. B. an Dienststunden zu halten hatte; aber dieses Interesse des Bürgers war nicht zu einem Recht oder einer Pflicht gestaltet[58]). Zudem war es möglich, daß es Vorschriften gab, die nach ihrem Inhalt eine doppelte Auffassung zuließen, je nachdem, ob nämlich das Interesse des Bürgers zum Recht er-

---

51) Vgl. ebenso v. Martitz S. 250; Bornhak Bd. I S. 469.

52) So etwa Zorn, StR. S. 404, wenn er schreibt: „Gesetz und Verordnung sind nur Formen für die Rechtsbildung, um eine Rechtsvorschrift muß es sich begrifflich bei jedem Gesetz und bei jeder Verordnung handeln."

53) Vgl. Zorn a.a.O. Zur Zeit des Weimarer Staates war noch Heller, Veröfftl. d. Vereinigg. d. D. Staatsrechtsl. 4 S. 118, insbes. S. 122 dafür eingetreten, daß jeder staatliche Befehl Rechtssetzung bedeute. Nach ihm setzen Tradition, Zweckmäßigkeit und Machtlage die historisch und national wechselnden Grenzen zwischen Gesetzgebung und Verwaltung fest.

54) Thoma, Vorbeh. S. 176.

55) Beispiele von G. Jellinek S. 234 und Anschütz, Diss. S. 15 gegen Zorn StR. I S. 404/5.

56) Thoma, Vorbeh. S. 178.

57) Laband StR. II S. 184; G. Jellinek S. 387.

58) Laband a.a.O. S. 182.

hoben war oder nicht[59]). In solchen Fällen konnte die Form der Vorschrift eine Auskunft geben, es war sogar möglich, durch die Übernahme einer Verwaltungsvorschrift in ein formelles Gesetz diese zum Rechtssatz werden zu lassen, indem sie nun eine Grenze zwischen der Rechtssphäre des Staates und der des einzelnen zog, während sie vorher eine Selbstbindung der Verwaltung aus Zweckmäßigkeitsgründen war[60]). Das war für jeden Einzelfall zu prüfen und konnte nicht generell angenommen werden, sodaß die Verwaltungsvorschrift bei Übernahme in ein Gesetz sehr wohl ihre rechtliche Natur behalten konnte und daher das Gesetz nur ein formelles war[61]). Aus der angegebenen „Reziprozität"[62]) von Gesetzesform und Gesetzesinhalt ergab sich wiederum die Unmöglichkeit, den Gesetzesbegriff logisch in einen formellen und materiellen aufzuteilen.

Der Rechtssatzbegriff war vielmehr deshalb historisch-konventionell, weil gerade der Erlaß der Anordnungen, die nicht unter diesen Begriff fielen, Vorbehaltsgut der Regierungen blieb. Die Regierungen hatten ihrer aus der absolutistischen Zeit stammenden Verordnungsgewalt die Regelung des staatlichen Verwaltungsapparates und der anderen besonderen Gewaltverhältnisse gerettet, und zunächst war auch die Anordnung für einen Einzelfall, der Individualakt, ihrer Gewalt vorbehalten, soweit nicht ein Gesetz entgegenstand. Der Rechtssatzbegriff war ein politischer, weil er die Anordnungen umfaßte, die der Mitwirkung der Volksvertretung bedurften. So wurde der Rechtssatzbegriff gewonnen aus der ausdrücklichen Vorbehaltsgestaltung in den Verfassungen, die die Freiheits- und Eigentumsformel hatten, und bestimmte dann umgekehrt den Vorbehalt des Gesetzes in sämtlichen Verfassungen insofern, als jeder Rechtssatz in der Form des Gesetzes ergehen mußte.

2. Der Allgemeinvorbehalt in den deutschen Verfassungen.

a) Aus der Vorbehaltsgestaltung in einigen süddeutschen konstitutionellen Verfassungen, die die Bestimmung enthielten, allgemeine neue Landesgesetze, die Freiheit und Eigentum der Staatsangehörigen betreffen, bedürften der Zustimmung des Landtags, hatte man den Rechtssatzbegriff bestimmt und dann den Vorbehalt ganz allgemein dahin umschrieben, daß alle Rechtssätze in der Form des Gesetzes ergehen müßten.

---

59) Gegen dieses Merkmal der Abgrenzung von Rechtssatz und Verwaltungsvorschrift, bei dem es auf die Entstehung eines Rechts oder einer Pflicht ankommt, hat sich Richter gewandt, indem er ausführt, daß es auf die Art der Durchsetzung staatlicher Rechte ankäme. Nach ihm sind die Regeln über die Organisation des Staates Rechtssätze (vgl. insbes. S. 13).

60) Rosin 2. Aufl. S. 31; Seligmann S. 211.

61) Anschütz, Diss. S. 57; G. Jellinek, S. 389 leugnet, daß eine Verwaltungsverordnung durch die Gesetzesform jemals in ein materielles Gesetz verwandelt werden könne; aber gerade er weist des öfteren darauf hin (vgl. S. 243 ff.), daß die Grenze zwischen Rechtsetzung und Verwaltung schwer zu ziehen sei.

62) Rosin, 1. Aufl. S. 21 Anm. 79.

So kam es, daß für diejenigen Verfassungen[63]), die die Freiheits- und Eigentumsformel nicht enthielten, wohl aber sagten, daß kein „Gesetz" ohne Zustimmung der Stände erlassen werden könne, Gesetz gleich Rechtssatz gesetzt wurde.

Damit wurde auch in diese Verfassungen ein Allgemeinvorbehalt hineininterpretiert, allerdings erst nach Kämpfen und oft unter Verkennung dessen, was die Verfassung selbst hatte sagen wollen.

b) So entbrannte insbesondere in Preußen ein hartnäckiger Streit, der zur Hauptsache zwischen Arndt[64]) und Anschütz[65]) ausgefochten wurde.

Art. 62 der Preußischen Verfassung von 1850 hatte bestimmt:

> Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt.
> Die Übereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetz erforderlich.

Aus dieser Bestimmung ging nicht hervor, ob das Wort Gesetz eine formelle oder eine materielle Bedeutung haben sollte. Arndt war der Ansicht, das „Gesetz" in Art. 62 sei nur formell bestimmt und ein allgemeiner Grundsatz der Vorbehaltsgestaltung in Art. 62 nicht enthalten. Ein förmliches Gesetz sei nur in den Fällen erforderlich, in denen die Verfassung in Sonderbestimmungen eine Regelung durch Gesetz vorsehe, und im übrigen gelte das konstitutionelle Prinzip, das alles andere dem König zur selbständigenRegelung belasse. Arndt führte vor allem die Staatspraxis für sich ins Feld, verkannte damit aber den konventionellen Rechtssatzbegriff. Er hielt nämlich einige Verwaltungsverordnungen des Königs für Rechtssätze und konnte sie daher für seine Theorie des selbständigen königlichen Verordnungsrechts heranziehen. Es sei nur auf einige Beispiele hingewiesen: Das Reisekostenregulativ für die Armee von 1848, die Schulregulative von 1854 und insbesondere das Prisenreglement von 1864 wurden von Arndt als unzweifelhafte Rechtssätze angesehen[66]), während Anschütz sie ebenso unzweifelhaft für reine Verwaltungsvorschriften erklärte[67]).

Die Arndtsche Lehre wurde durchweg abgelehnt, insbesondere deshalb, weil sich die Aufzählung der einzelnen Gesetzesvorbehalte in der Verfassung durch eine „vollendete Prinzipienlosigkeit"[68]) auszeichnete und daher keine Vorbehaltsgestaltung enthalten konnte.

Die herrschende Lehre[69]) setzte als selbstverständlich voraus, daß Art. 62 nur den materiellen Gesetzesbegriff gemeint haben könne. Das

63) Vgl. Preußen (1850) Art. 62; Königreich Sachsen (1831) § 86; Hessen (1828) Art. 72; Württemberg (1879) § 88.
64) Selbst. VOR. und ArchÖfftl.R. XV S. 336.
65) Gegenwärt. Theorien.
66) Vgl. Selbst. VOR. S. 26, 30, 200 ff.
67) Vgl. Gegenw. Theor. S. 78, 73, 150.
68) Anschütz a.a.O. S. 38. Zur Widerlegung der weiteren nicht stichhaltigen Argumente Arndts vgl. Thoma, Vorbeh. S. 192.
69) Laband StR. II S. 89; Seligmann S. 114 ff.; v. Rönne 4. Aufl. Bd. I S. 347 f.; Anschütz, Gegenw. Theor. S. 16.

Hauptargument war der sogenannte Tautologiebeweis. Das Wort „Gesetz" mußte im zweiten Absatz einen anderen Sinn haben als im ersten Absatz des Art. 62, da sonst die beiden Absätze genau dasselbe sagen würden [70]).

Dieses Argument ist aber nicht zwingend; Absatz 2 sollte besonders betonen, daß die Volksvertretung bei allen Gesetzen das Zustimmungsrecht habe, während bis zum Erlaß der Verfassungsurkunde der vereinigte Landtag sich mit einem beratenden Votum hatte begnügen müssen [71]). Dem Art. 62 lag nur der formelle Gesetzesbegriff zugrunde. Das ergab sich einmal daraus, daß der erste Absatz eine Übersetzung des Art. 26 der Belgischen Verfassung war und diese unstreitig nur eine formelle Organisation der Gewaltenteilung kannte. Auch die Art. 45 und 86 der Preußischen Verfassung setzten die vollziehende und richterliche Gewalt in streng formellem Sinne fest [72]); denn die materielle Kompetenz wurde in Art. 45 Satz 2 und 3 und in den folgenden Artikeln ausdrücklich bestimmt und ergab sich bezüglich der richterlichen Gewalt aus dem unzweifelhaften Fortgelten der bisherigen Bestimmungen [73]). Ferner gaben für diese Ansicht, daß die Preußische Verfassung gleich ihrem belgischen Vorbild keinen allgemeinen materiellen Vorbehalt kannte, die Materialien Argumente [74]). Entscheidend für diese Auslegung aber war der Zusammenhang von Art. 62 und Art. 63.

Nach Art. 63 stand dem König zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und zur Beseitigung eines ungewöhnlichen Notstandes das Recht zu, Verordnungen „mit Gesetzeskraft" zu erlassen. Art. 63 war als Ausnahme von Art. 62 gekennzeichnet, und zwar lag diese darin, daß Verordnungen des Königs mit der Wirkung des Gesetzes, mit seiner formellen Gesetzeskraft oder Vorrangseigenschaft ausgestattet wurden. Es kam bei dem Erlaß von Art. 63 nicht auf den „Inhalt", sondern auf die „Wirkungsweise" des königlichen Befehls an, und daraus ließ sich der Rückschluß ziehen, daß auch in Art. 62 das Wort „Gesetz" nur bedeutete eine Anordnung mit Gesetzeskraft, also die formelle Bedeutung des Gesetzesbegriffes gemeint war [75]).

---

70) Anschütz a.a.O. S. 28/29; Laband, Budgetrecht S. 10 (Archiv); Schulze PrStR. II S. 18.

71) Thoma, Vorbeh. S. 190; Smend S. 31 N. 2; die weiteren Argumente gegen die h. L. siehe bei Thoma a.a.O. S. 186 ff.

72) Thoma a.a.O. S. 184.

73) Smend S. 32.

74) Vgl. die Angaben bei Thoma a.a.O. S. 185 Anm. 39.

75) Vgl. Smend S. 32/33 und Thoma a.a.O. S. 185; Seligmann S. 119 ff. argumentiert übrigens gerade umgekehrt: Da der König als Exekutivorgan für Verwaltungsvorschriften keiner nachträglichen Genehmigung bedürfe, diese aber für die Verordnungen des Königs nach Art. 63 vorgesehen sei, so könne Art. 63 nur Rechtsverordnungen gemeint haben und, da diese nur unter den hervorgehobenen Voraussetzungen vom König erlassen werden könnten, so bedürfe es grundsätzlich bei Erlaß von Rechtssätzen der Mitwirkung der Kammern, sodaß Seligmann also von Art. 63 aus gerade auf die materielle Bedeutung des Gesetzesbegriffes in Art. 62 schließt. Wie hervorgehoben, kam es aber bei Erlaß des Art. 63 gar nicht darauf an, den möglichen Inhalt der königlichen Verordnung zu bestimmen, sondern nur deren Wirkung: die Gesetzeskraft.

Es war also davon auszugehen, daß dem Art. 62 Pr. Verf. der formelle Gesetzesbegriff zugrundelag, und das mußte auch keineswegs zu der Folgerung führen, daß nun lediglich die Einzelvorbehalte der Verfassung mit der Prinzipienlosigkeit der Enumerationsmethode Staatswillensakte der Legislative zuwiesen. Diese Folgerung konnte nur gezogen werden, wenn man den vorkonstitutionellen „Gesetzen" jede Gesetzeskraft absprach. Tatsächlich aber hatten auch diese „Gesetze" eine Gesetzeskraft im Sinne der Vorrangseigenschaft des Verfassungsstaates, sodaß sie nicht mehr einem selbständigen Verordnungsrecht des Königs unterlagen. Zum Vorbehalt der Legislative gehörten danach einmal diejenigen Materien, die ihr durch Einzelvorschriften der Verfassung zugewiesen waren, und die Materien der vorkonstitutionellen „Gesetze" [76]).

Diese Vorbehaltsgestaltung wäre eine weit größere Begrenzung der Regierung gewesen, als die herrschende Lehre mit ihrem allgemeinen Vorbehalt angenommen hatte. Tatsächlich setzte sich diese Gestaltung aber nicht durch. Die Rechtslehre hatte nun einmal den Begriff Gesetz = Rechtssatz für die Verfassungsurkunde rezipiert, und auch Smend [77]), der den ursprünglichen formalen Sinn des Wortes „Gesetz" in Art. 62 richtig erkannt hatte, nahm trotz des Schweigens der Verfassungsurkunde an, eine materielle Kompetenzbestimmung werde von ihr vorausgesetzt. Auch die Staatsregierung hatte sich der herrschenden Lehre gefügt. Die Zweifel über die Grenzgebiete zwischen formellem Gesetz und Verordnung wurden durch die Gesetzgebung, die immer mehr Anordnungen in ihren Bereich zog und die Verordnungsgewalt durch Ermächtigungen untermauerte, beseitigt [78]).

Damit war der Nachweis eines festen Gewohnheitsrechts gelungen; die materielle Bedeutung des Gesetzes hatte dem Verfassungsartikel 62 nicht zugrundegelegen, sondern war über ihn gelegt worden [79]). Nach dieser Auslegung des Art. 62 enthielt also auch die Preußische Verfassung eine Gestaltung des Allgemeinvorbehalts in dem Sinne, daß zum Erlaß eines Rechtssatzes die Übereinstimmung des Königs und beider Kammern, mithin die Form des Gesetzes erforderlich war.

c) Die alte Deutsche Reichsverfassung von 1871 enthielt in Art. 5 eine ähnliche Bestimmung wie Art. 62 der Preußischen Verfassung.

> Die Reichsgesetzgebung wird ausgeübt durch den Bundesrat und den Reichstag.
> Die Übereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse beider Versammlungen ist zu einem Reichsgesetz erforderlich und ausreichend.

Im Reich war aber die Frage nach einem selbständigen Verordnungsrecht des Kaisers oder vielleicht des Bundesrats [80]) kein Problem. Der

76) Thoma, Vorbeh. S. 197; v. Gneist S. 70; L. v. Stein S. 75. Darüber, welche vorkonstitutionellen Erlasse als „Gesetze" anzusehen waren, vgl. oben Seite 4 f.
77) S. 37 ff.
78) Thoma, Vorbeh. S. 187, 213.
79) Thoma a.a.O.
80) Die Ansicht von Zorn, DStR. S. 486, der Bundesrat habe ein selbständiges Rechtsverordnungsrecht, setzte sich nicht durch.

Kaiser oder der Bundesrat wurden nicht durch die Verfassung „beschränkt", sie hatten keine vorkonstitutionellen Rechte, da sie ja erst zugleich mit der Verfassung geschaffen wurden, sodaß sie nur die Rechte haben konnten, die ihnen ausdrücklich durch diese neue Verfassung gegeben waren

Als Ergebnis ist für sämtliche Deutschen Verfassungen der konstitutionellen Zeit festzustellen, daß sie einen allgemeinen Vorbehalt des formellen Gesetzes kannten, wonach alle Rechtssätze nur durch die Legislative erlassen werden konnten, also alle allgemeinen Anordnungen des Staates, die im allgemeinen Gewaltverhältnis in Freiheit und Eigentum der Bürger eingriffen, der Gesetzgebung vorbehalten waren.

d) Die republikanischen Verfassungen der Weimarer Zeit konnten in Bezug auf den Allgemeinvorbehalt ein „gesichertes Erbe" [81]) antreten. So war denn auch weder in der Reichsverfassung, noch in der Preußischen und zahlreichen anderen Verfassungen der Allgemeinvorbehalt ausdrücklich aufgezeichnet, während Baden (§ 29 Abs. 2) und Bayern (§ 74 Abs. 1) die Freiheits- und Eigentumsformel beibehielten und Württemberg (§ 6 und § 41 Abs. 1 Satz 1) und Hessen (Art. 7) den Allgemeinvorbehalt etwas anders umschrieben. Im übrigen war die Frage nach der Formulierung des Allgemeinvorbehalts praktisch ziemlich bedeutungslos, da mit fortschreitender Gesetzgebung alle wichtigen Gebiete durch diese erfaßt wurden und damit der Vorbehalt des Gesetzes in der Hauptsache vom Vorrang des Gesetzes umschrieben wurde.

3. Die Einschränkung des Allgemeinvorbehalts durch die delegierte Rechtsetzung.

a) Die Rechtsverordnung.

Durch die Anerkennung eines Allgemeinvorbehalts in den konstitutionellen Verfassungen war das selbständige Verordnungsrecht des Monarchen beseitigt, nicht aber das sogen. delegierte Verordnungsrecht.

Die Einschränkung des Vorbehalts des Gesetzes dahin, daß Rechtssätze auch in der Form der Verordnung erlassen werden konnten, wenn ein förmliches Gesetz oder die Verfassung selbst ein solches Verordnungsrecht verlieh, war allgemein anerkannt [82]). In der Verfassung oder in einem förmlichen Gesetz mußte die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen vorgesehen sein.

Rechtsverordnungen waren die von der staatlichen Verwaltung erlassenen Rechtssätze, wobei unter staatlicher Verwaltung die Organe der staatlichen Regierung und die ihnen unterstellten staatlichen Verwaltungsbehörden zu verstehen waren.

Je nach dem Umfang der Ermächtigung hatten die Rechtsverordnungen verschieden große Kraft.

Die am meisten üblichen Rechtsverordnungen waren die Aus-

81) Thoma, HdbStR. Bd. II S. 225.
82) Dag. nur Rönne, Pr.St.R. S. 355/356.

führungsverordnungen. Diese konnten entweder durch die Verfassung allgemein ermächtigte Rechtsverordnungen sein oder es wurde die Ermächtigung in einem einfachen Gesetz speziell erteilt.

So ermächtigte die Preußische Verfassung von 1850 in Art. 45 den König, die zur Ausführung der Gesetze notwendigen Verordnungen zu erlassen. Die Behauptung, es könne sich hierbei nur um Verwaltungsvorschriften handeln [83]), war nicht stichhaltig, da der Chef der Exekutive für den Erlaß von Vorschriften, die nur für den inneren Verwaltungsdienst bestimmt waren, gar keiner Ermächtigung bedurfte. Für das Rechtsverordnungsrecht der Krone in anderen Verfassungen sind u. a. die Verfassungen von Sachsen (§ 87), Hessen (Art. 73), Baden (§ 66), Württemberg (§ 89) zu vergleichen. Im Reich enthielten Art. 17 und Art. 7 Nr. 2 aRV. keine Delegation eines Rechtsverordnungsrechts. Wenn die Ausführung der Reichsgesetze der Überwachung des Kaisers unterlag, so war damit kein Verordnungsrecht gegeben, ebensowenig aber durch Art. 7 Nr .2 dem Bundesrat, da hier nur von Verwaltungsvorschriften die Rede war [84]).

Auch zur Zeit der Weimarer Verfassung kannten einige Landesverfassungen eine allgemeine Ermächtigung zum Erlaß von Ausführungsrechtsverordnungen, so z. B. für Sachsen in Art. 32 Abs. 2 an die zuständigen Minister und für Thüringen in § 47 Ziffer 3 an die Landesregierung.

Ob im Bereich derjenigen Verfassungen, die eine das Ausführungsrecht des Monarchen oder überhaupt der Regierung betreffende Norm nicht enthielten, ein solches Recht durch Gesetz besonders delegiert werden mußte, oder ob dieses Recht mit der Stellung der Regierung als Exekutive von selbst gegeben war, war im konstitutionellen Verfassungsrecht fraglich und wohl auf die Art der Ausführungsvorschriften abzustellen, während des Weimarer Staates aber war in einem solchen Falle immer die spezielle Ermächtigung durch ein förmliches Gesetz notwendig.

Alle Ausführungsrechtsverordnungen durften nur den „Ausbau der im auszuführenden Rechtssatz enthaltenen Rechtsgedanken" enthalten. Neue selbständige Rechtsgedanken waren der Ausführungsverordnung verschlossen; sie hatte nur das im Gesetz Gewollte zu entfalten und im einzelnen weiterzuführen [85]).

Eine andere, weniger gebräuchliche Art von Rechtsverordnungen waren die gesetzesvertretenden Rechtsverordnungen, auf die also durch die Ermächtigung auch der Vorrang des Gesetzes übertragen wurde. Sie konnten je nach der Ermächtigung sogar von der Verfassung abweichen und hatten insofern Verfassungsgesetzeskraft.

Die Verordnungsdelegationen waren gefährlich für das rechtsstaatliche Prinzip; denn jede Ermächtigung der Verwaltung zum Erlaß von

83) So Rönne PrStR. S. 366; dag.: Rosin 2. Aufl. S. 35; Stier-Somlo, Einw. S. 93; G. Meyer, 5. Aufl. S. 517 N. 8 und Schulze, PrStR. 2. Aufl. Bd. II S. 28 im Gegensatz zu ihren Vorauflagen.

84) Die Ansicht von Haenel, nach der es sich bei Auslegung dieses Artikels um Vorschriften handele, die von der Verwaltung erlassen würden, ist abzulehnen (Haenel DStR. S. 283; dag. Laband S. 95).

85) Jacobi, HdbStR. Bd. II S. 250.

Rechtsvorschriften trat in gewisser Weise dem Gewaltenteilungsgrundsatz, daß Rechtssätze nur von der gesetzgebenden Gewalt zu erlassen seien, entgegen. Es war insbesondere für die Weimarer Verfassung nicht einzusehen, warum die Verfassung das Gesetzgebungsverfahren mit Garantien ausstatte, wenn ein einfaches Gesetz durch die Übertragung der rechtsetzenden Gewalt diese Garantien durchbrechen konnte [86]). Außerdem wurden durch dieses vereinfachte Gesetzgebungsverfahren die „parlamentarischen Minderheiten und das Volk, ferner im Reich der Reichsrat und in Preußen der Staatsrat" von ihren Mitwirkungsrechten ausgeschlossen [87]). Daher wurde die Delegationsfreiheit insofern beschränkt, als man forderte, eine Delegation durch einfaches Gesetz könne nur so erfolgen, daß die bei der Gesetzgebung beteiligten Organe noch übersehen könnten, welche Gegenstände der Exekutive zur rechtlichen Ordnung übertragen würden [88]). Sollte aber durch sogen. Ermächtigungsgesetze eine Delegation allgemeiner Art erfolgen, so bedurften diese der verfassungsändernden Mehrheit [89]), und zwar auch dann, wenn sie die Abweichung von Vorschriften der Reichsverfassung nicht gestatteten [90]).

b) Die Satzung.

Die Satzung war die Rechtsetzung der dem Staat eingegliederten öffentlichrechtlichen Verbände für ihre Verbandsangehörigen. Dieses Recht der Selbstgesetzgebung hatte der Staat einigen Verbänden verliehen, um den bei den verschiedenen Personengruppen und Verbänden vorhandenen Unterschieden bei der Rechtsetzung Rechnung zu tragen [91]).

Der autonome Verband setzte objektives Recht in dem Umfange der vom Gesetzgeber verliehenen Ermächtigung. Daher handelte es sich auch bei der Satzung um eine delegierte Rechtsetzung. Die Satzung unterschied sich von der Rechtsverordnung insofern, als nicht eine Verwaltungsbehörde, sondern ein öffentlichrechtlicher Verband zum Erlaß von Rechtsätzen ermächtigt wurde und ferner die Rechtsverordnung durchweg der Ausführung im Gesetz vorgesehener Rechtsgedanken diente, während dem Verband ein mehr oder weniger weites Gebiet zur eigenen Regelung überlassen wurde.

Als Beispiel ist insbesondere die Satzung der Gemeinde als öffentlichrechtlicher Gebietskörperschaft heranzuziehen.

4. Die Erweiterung des Allgemeinvorbehalts durch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Der Allgemeinvorbehalt, der zunächst durch den Grundsatz: alle Rechtssätze sind dem formellen Gesetz vorbehalten, umschrieben wurde,

86) Poetzsch-Heffter, ArchÖffR. Bd. 40 S. 165.
87) Thoma, HdbStR. Bd. II S. 227; vgl. auch Poetzsch-Heffter a.a.O.
88) Jacobi a.a.O. S. 242.
89) Jacobi S. 262; Poetzsch-Heffter, Komm. S. 301, 303.
90) W. Jellinek, HdbStR. Bd. II S. 163; Jacobi S. 242.
91) Peters, HdbStR. Bd. II S. 270.

erfuhr im Laufe der Entwicklung des liberalen Staatsrechts eine erhebliche Erweiterung. Es wurde der Satz aufgestellt: Alle Eingriffe, die im allgemeinen Gewaltverhältnis in Freiheit und Eigentum des Bürgers erfolgen, dürfen nur durch formelles Gesetz oder auf Grund eines formellen Gesetzes ergehen.

Die Erweiterung des Allgemeinvorbehalts lag darin, daß nicht nur alle allgemeinen Anordnungen, sondern auch Individualakte dem formellen Gesetz vorbehalten wurden, oder zumindest die Staatsorgane, die Einzelanordnungen trafen, zu ihrem Erlaß der formellgesetzlichen Ermächtigung bedurften. Diese Erweiterung wurde zum Schutz des Bürgers vor dem Staat von einer liberalistischen Staatsrechtslehre ausgebaut, damit alle Eingriffe letztlich auf die Zustimmung der Volksvertretung zurückgeführt werden konnten; in den Verfassungen selbst war eine solche Vorbehaltsgestaltung nicht enthalten. Von den konstitutionellen Verfassungen zählten die Bayerische und Badische Verfassung nur die allgemeinen Gesetze zu dem Allgemeinvorbehalt und ebenso meinten es die Verfassungen von Württemberg, Hessen und Sachsen [92]). Für die Preußische Verfassung war die Gestaltung des Allgemeinvorbehalts erst durch ein Gewohnheitsrecht über sie gelegt worden; daß dieser Vorbehalt nicht nur die allgemeinen Rechtssätze, sondern auch jeden Einzeleingriff umfaßte, war durchaus nicht selbstverständlich.

Eine Verfügung der Exekutive contra legem war allerdings wegen der Vorrangskraft des formellen Gesetzes nicht möglich, es sei denn, daß es sich um vorkonstitutionelle Gesetze handelte. Insofern mußte also die vollziehende Gewalt gesetzmäßig sein, sie mußte im Rahmen der Gesetze handeln. Aber ein Mitwirkungsrecht der Volksvertretung bei Verfügungen praeter legem, d. h. auf solchen Gebieten, die von der Gesetzgebung gar nicht geregelt waren, konnte auf Grund der Verfassungsurkunden nicht angenommen werden.

Durch die Anerkennung, daß allgemeine Verordnungen der gesetzlichen Grundlage bedurften, war noch nicht nachgewiesen, daß das Gleiche für Verfügungen galt. Thoma hatte diese Folgerung allerdings wegen eines argumentum a potiori gezogen: wenn der Eingriff in Freiheit und Eigentum im Wege einer Rechtsregel, die also gleiches Recht für alle schafft, nur durch Gesetz oder auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung möglich sei, dann bedürfe erst recht der Eingriff in einem Einzelfall der gesetzlichen Grundlage, da hier die Möglichkeit ungleicher Behandlung der Untertanen gegeben sei [93]).

Gegen dieses Argument hatte sich vor allem Bühler [94]) gewandt. Es erschien ihm zweifelhaft, in eine Verfassung durch ein argumentum a potiori einen Grundsatz zu bringen, den sie nicht ausgesprochen habe. Er wandte sich aber auch gegen das Argument als solches. Wenn auch in vielen Fällen vom Standpunkte des Rechtsstaates aus die Freiheitsbeschränkung durch Verordnung der durch Verfügung vorzuziehen sei, so

---

92) Thoma Vorbeh. S. 181.
93) Thoma, Polizeibefehl S. 102 f., der diese Ansicht im „Vorbehalt" S. 180, 218, wie mir scheint, aufgegeben hat.
94) Bühler S. 72 f.

habe die Regelung durch Verfügung doch auch wieder manches für sich; einmal passe sie sich den Verhältnissen besser an, während die Verordnung die besondere Lage von Einzelfällen nicht berücksichtigen könne. Ferner komme der einzelne bei Erlaß und Durchführung der Verfügung mit der Verwaltung in Berührung, sodaß er ihr gegenüber seine Interessen geltend machen, vor allem aber auch sich durch Einlegung von Rechtsmitteln gegen die Verfügung wenden könne, während ihm das bei einer Verordnung nicht möglich sei. Würde aber die Gültigkeit der Verordnung im Einzelfall geprüft, so komme nur ihre Rechtsgültigkeit, nicht aber ihre Zweckmäßigkeit in Betracht.

Nach der Ansicht Bühlers, G. Meyers und Sarweys [95]) wollten die konstitutionellen Verfassungen die vollziehende Gewalt nicht in der Weise binden, daß diese für jeden Akt der gesetzlichen Ermächtigung bedurfte. Der Monarch als Chef der Exekutive und die von ihm abhängigen Behörden waren vielmehr zu s e l b s t ä n d i g e n Individualanordnungen grundsätzlich berechtigt, und zwar auf den Gebieten, die von der Gesetzgebung nicht erfaßt und auch nicht durch eine Sonderregelung der Verfassung zum Vorbehaltsgut der Legislative bestimmt waren. Nun gab es allerdings Lücken in der gesetzlichen Ordnung eines Sachgebiets, die der Gesetzgeber mit Absicht nicht in Anspruch genommen hatte, um hier die Freiheitssphäre des Individuums unangetastet zu lassen. In einem solchen Falle gehörten die Lücken mit zum Vorrang des Gesetzes und konnten nicht durch eine selbständige Verfügung ausgefüllt werden. Im Zweifel sprach aber die Vermutung für das Verfügungsrecht der vollziehenden Gewalt.

Es fehlte aber gleich zu Anfang des konstitutionellen Staates nicht an sehr gewichtigen Stimmen, die von vornherein die strenge Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für das allein geltende Recht hielten, d. h. sie forderten für jeden Verwaltungsakt, auch für die Verfügungen des Monarchen, die Ermächtigung durch ein Gesetz [96]).

An einer verfassungsmäßigen Grundlage hatte es dieser Ansicht allerdings von jeher gefehlt, denn weder Art. 5 der alten Preußischen Verfassung, der, richtig ausgelegt, nur von der persönlichen Freiheit im engsten Sinne inbezug auf Verhaftungsmöglichkeit sprach, noch Art. 9 a. pr. Verf., der das Eigentum nur gegen Enteignung sichern wollte, gaben eine Grundlage für eine strenge Gesetzmäßigkeit der gesamten Verwaltung [97]). Im Gegenteil, gerade die Grundrechte sprachen gegen einen solchen strengen Grundsatz, denn wenn schon jeder Verwaltungsakt der Grundlage eines Gesetzes bedurfte, dann waren die Sondervorbehalte bei den Grundrechten überflüssig [98]). Und in den süddeutschen Verfassungen waren ja gerade nur die a l l g e m e i n e n Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Legislative vorbehalten.

Ferner hatte die Legislative aus dem Prinzip der strengen Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht den Schluß gezogen, nun durch eine um-

95) Bühler S. 66 ff.; G. Meyer S. 583; Sarwey S. 34.

96) Laband, DStR. 1. Aufl. Bd. II S. 202 ff.; Rosin 1. Aufl. S. 11 f.; 2. Aufl. S. 26; Leuthold S. 8 f.; Loening S. 241; Anschütz, PrVBl. 22 S. 84, Verw.Arch. Bd. V S. 406.

97) Bühler S. 75.

98) Bühler S. 83.

fassende Gesetzgebung überall eine gesetzliche Grundlage zu schaffen. Es ist allerdings zuzugeben, daß eine längere Zeit notwendig war, um eine umfassende gesetzliche Regelung zu treffen. Immerhin ließ man in Baden 45 Jahre verstreichen, ehe man die gesetzliche Grundlage der Polizeigewalt schuf, und für Württemberg wurde sie nie erlassen. So enthielt auch das Polizeiverwaltungsgesetz in Preußen von 1850 keine Ermächtigung zu Polizeiverfügungen, sodaß dann später auf § 10, II, 17 des Allgemeinen Landrechts von 1794 als Gesetzesgrundlage zurückgegriffen wurde, obwohl dadurch streng genommen das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gar nicht verwirklicht wurde; denn die Bedeutung dieses Prinzips lag ja gerade darin, daß fortan Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur statthaft sein sollten auf Grund eines Gesetzes, an dem die Volksvertretung mitgewirkt hatte [99]). Ohne vorkonstitutionelle Ermächtigungen oder die Konstruktion eines Gewohnheitsrechts — so in Sachsen für die Polizei — kam man nicht aus, um eine gesetzliche Grundlage für alle Verwaltungsakte zu schaffen [100]).

Aber die herrschende Lehre und die Oberverwaltungsgerichte (mit Ausnahme des Württembergischen Verwaltungsgerichtshofes) hatten aus dem rechtsstaatlichen Postulat, daß jede Berührung der freiheitlichen Sphäre des Bürgers nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes möglich sein sollte, einen Rechtssatz gemacht; jeder Eingriff in Freiheit und Eigentum war dem Gesetz im formellen Sinne vorbehalten, sodaß schließlich an der Geltung dieses Satzes nicht mehr gezweifelt wurde, wenn er sich auch nur mit Hilfe eines Gewohnheitsrechtes durchgesetzt hatte [101]).

Ein Gegner dieser Lehre blieb in gewisser Weise auch noch zur Zeit des Weimarer Staates Otto Mayer. Er war der Auffassung, die Einwilligung des durch den staatlichen Eingriff belasteten einzelnen beseitige die Schranke des Vorbehalts; in einem solchen Falle bedürfe der Verwaltungsakt nicht der gesetzlichen Grundlage [102]). Das wichtigste Beispiel solcher Verwaltungsakte auf Unterwerfung war der öffentliche Dienst.

Gegen diese Auffassung hatte sich vor allem Thoma gewandt [103]). Er zeigte einige Fälle auf, in denen solche Verwaltungsakte auf Unterwerfung oder Verwaltungsakte nach Unterwerfung unter einen Vertrag möglich waren. Dabei handele es sich aber immer um Konstellationen, „in denen ein Bürger von der öffentlichen Verwaltung etwas begehrt, was sie ihm in einem engeren oder weiteren Rahmen ihres freien Ermessens ebensowohl abschlagen als unter verständigen und anständigen Bedingungen bewilligen darf, sodaß er sich dann eben diesen Bedingungen unterwerfen muß" [104]). Unmöglich aber könne man aus solchen Fällen eine allgemeine

99) Thoma, Polizeibefehl S. 103; Bühler S. 85.
100) Dies nur ein kurzer Auszug. Vgl. die ausführliche Begründung der älteren Ansicht bei Bühler S. 66 ff.
101) Vgl. Bühler S. 152 ff. Für nähere Ausführungen insbes. hinsichtlich der Entwicklung in den süddeutschen Staaten muß auf Bühler verwiesen werden.
102) O. Mayer S. 98, 108, 254.
103) Thoma, Rechtsgutachten S. 17 ff.
104) Thoma a.a.O. S. 20.

Regel ableiten. Es folge vielmehr aus dem Grundsatz, daß „öffentliches Recht im Zweifel zwingendes und nicht dispositives Recht ist, und aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, daß die öffentliche Verwaltung grundsätzlich nicht in der Lage ist, sich durch Unterwerfung des Bürgers außergesetzliche Befugnisse zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum zu verschaffen". „Man würde die Behörden instand setzen, in all den vielen Fällen, in denen sie einen mehr oder minder sanften Druck ausüben . . ., sich über die Prinzipien der gesetzmäßigen Verwaltung hinwegzusetzen und den geordneten Rechtsstaat in einen Staat der bürokratischen oder gar parteipolitischen Willkür zu verwandeln" [105]).

Der Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bedeutete nun keineswegs, daß die Verwaltung lediglich tätig werden durfte zur Vollziehung eines Gesetzes, sondern sie sollte auf Grund eines Gesetzes geführt werden, nicht aber sollte dieses möglichst einschränkende Spezialisierungen treffen. Ihre Stellung war freier gestaltet als die des Strafrichters, insbesondere konnte sie Gesetze auf ähnliche Fälle analog anwenden [106]) und manche Entscheidungen nach freiem Ermessen treffen. Aber dieses freie Ermessen war ihr zugestanden durch das Gesetz, es war kein Handeln aus eigener Kraft.

Das Ergebnis der außerordentlichen Erweiterung des Allgemeinvorbehalts war, daß dieser keine Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung mehr schuf, sondern das formelle Gesetz war der alles beherrschende Wille im Staat. Das formelle Gesetz konnte fast alles regeln, zu seinem Vorbehalt gehörte am Ende der Entwicklung des liberalen Staates schließlich nur, was von der Legislative geregelt werden mußte. Der Vorbehalt des Gesetzes gab somit nicht wie zu Anfang des konstitutionellen Staates eine Antwort auf die Frage: Was darf die Volksvertretung?, sondern sie durfte fast alles, und nur wenige Gebiete waren der Regierung zur alleinigen Entscheidung vorbehalten.

Der liberale Rechtsstaat war in Wahrheit ein Gesetzesstaat.

III. Die Sondervorbehalte.

1. Die echten Sondervorbehalte.

Die liberalen Verfassungen enthielten neben dem Grundsatz des Allgemeinvorbehalts Normen, die für wichtige Staatswillensakte die Form des Gesetzes ausdrücklich verlangten, um eine Beteiligung der Volksvertretung zu sichern und die Gewalt der Regierungen zu beschränken.

Es gab eine Reihe von äußerst wichtigen Staatsakten, die keinen Eingriff in Freiheit und Eigentum des Bürgers darstellten, somit vom Allgemeinvorbehalt nicht erfaßt wurden und daher grundsätzlich der Regierung oder der Verwaltung zur Regelung überlassen blieben. Nur ein

105) Thoma a.a.O. S. 21.
106) Stier-Somlo, Einw. S. 131; W. Jellinek, VerwR. S. 144; dageg. Anschütz, VerwArch. Bd. 14 S. 329.

in der Verfassung oder auch in einem formellen Gesetz enthaltener Sondervorbehalt konnte diese Staatsakte zum Vorbehalt der Legislative machen.

So waren in den meisten Verfassungen Sondervorbehalte für die Etatfestsetzung, die Aufnahme einer Anleihe, den Abschluß gewisser Staatsverträge und insbesondere für organisatorische Anordnungen, die ja nicht unter den allgemeinen Gesetzesvorbehalt fielen, enthalten.

Solche Sondervorbehalte waren entweder zwingend oder übertragbar. Es bedurfte einer Auslegung im Einzelfall, um festzustellen, ob ein förmliches Gesetz zwingend erforderlich war oder ob es sich lediglich um die Forderung eines materiellen Gesetzes handelte, sodaß eine Rechtsverordnung genügte [107]). Zwischen dem allgemeinen und besonderen Gesetzesvorbehalt bestand also insofern ein Unterschied, als der Allgemeinvorbehalt immer auch durch formellgesetzlich delegierte Rechtsverordnung ausgefüllt werden, bei den Sondervorbehalten unter Gesetz nur ausnahmsweise ein materielles verstanden werden konnte.

2. Die Gesetzesvorbehalte bei den Grundrechten.

Die zahlreichen Gesetzesvorbehalte, die den grundrechtlichen Bestimmungen der Verfassungen beigefügt waren, waren keine Sondervorbehalte im eigentlichen Sinne.

Die Grundrechte gehörten zur Freiheitssphäre des einzelnen, in die der Staat schon auf Grund des Allgemeinvorbehalts nur durch ein förmliches Gesetz oder auf Grund einer formellgesetzlichen Ermächtigung eingreifen konnte.

a) In der alten Preußischen Verfassung von 1850 stellten allerdings die zahlreichen Gesetzesvorbehalte bei den Grundrechten ursprünglich Sondervorbehalte dar [108]). Nach dem ursprünglichen Sinn der Verfassung, die nach richtiger Auffassung keinen Allgemeinvorbehalt enthielt, hatten die Sondervorbehalte bei den Grundrechten die Bedeutung, das selbständige Verordnungsrecht der Krone auszuschalten. Nach der Rezeption des Allgemeinvorbehalts aber war die Hervorhebung, ein Eingriff in die persönliche Freiheit (Art. 5 pr. Verf.) oder die Beschränkung der Pressefreiheit (Art. 27) seien nur durch Gesetz, Strafverhängung (Art. 8) oder Eingriff in das Eigentum (Art. 9) nur nach Maßgabe der Gesetze möglich, was Verordnungen über diese Gegenstände anging, nicht notwendig, sondern lediglich eine Bekräftigung.

Aber auch nach dieser Rezeption des Allgemeinvorbehalts hatten diese Sondervorbehalte noch eine Bedeutung. Wir hatten gesehen, daß

107) Vgl. für die Weim. Verf. die Aufzählung von Thoma, HdbStR. Bd. II S. 225 f.

108) Nach O. Mayer S. 70 ist gerade die Aufstellung der Grundrechte, in die nur durch Gesetz eingegriffen werden kann, die klassische Form des Vorbehalts des Ges.

109) Thoma, Vorbeh. S. 183, 216 f. O. Mayer, ArchÖfftlR. 18 S. 101. Für den Vorbehalt bei den Grundrechten der anderen Verfassungen vgl. z. B. Baden § 15; Sachsen §§ 27, 31; Bayern Tit. IV, § 8; Württemberg § 30.

der Monarch berechtigt war, seine eigenen vorkonstitutionellen Gesetze zu durchbrechen und auf den vom Gesetz nicht geregelten Gebieten selbständige Individualakte zu erlassen, und um diese Verfügungsmacht der Krone für bestimmte Gebiete auszuschließen, schuf man die Sondervorbehalte[109]); in die Grundrechte sollte die vollziehende Gewalt nicht eingreifen dürfen. Mit der Anerkennung der strengen Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aber verlor die Krone ihre alte selbständige Verfügungsmacht, und die Sondervorbehalte büßten jede Bedeutung ein.

b) Ebensowenig hatten in der Weimarer Verfassung diejenigen Gesetzesvorbehalte, die eine Einschränkung von Grundrechten nach Maßgabe, im Rahmen oder auf Grund eines Gesetzes gestatteten, eine Bedeutung. Denn wenn jeder Eingriff in Freiheit und Eigentum nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes statthaft war, dann sagten diese Sondervorbehalte „nichts, was nicht ohnehin schon galt“[110]).

Auch diejenigen Normen der Reichsverfassung, die bestimmten, ein Grundrecht könne nur durch ein Reichsgesetz beschränkt werden, enthielten keine echten Sondervorbehalte, sondern eine solche Bestimmung machte die betreffenden Grundrechte, die durch ihre Aufnahme in die Verfassung an sich verfassungskräftig und damit auch für den Gesetzgeber unantastbar sein sollten, zu lediglich reichsgesetzeskräftigen Grundrechten.

Zweifelhaft war auch hier, ob der Vorbehalt zugunsten eines formellen Gesetzes gemacht war oder ob ein materielles Gesetz, also auch eine Rechtsverordnung in diese Rechte eingreifen konnte. Es war von Thoma festgestellt worden, daß diese Grundrechte „reichsmateriellgesetzkräftig“ waren, sodaß es auf die Gesetzesform nicht ankam[111]). Ferner war anzunehmen, daß unter Gesetzen im Sinne dieser Vorbehalte nur generelle Normen zu verstehen waren. Thoma hatte die These aufgestellt: „Es besteht eine Rechtsvermutung, daß die Reichsverfassung in solchen Fällen nur generelle Beschränkungen der verbürgten Rechte und Freiheiten zulassen will . . ., nicht aber individuelle, und zwar auch dann nicht, wenn diese letzteren in Gesetzesform auftreten“[112]).

3. Die Sondervorbehalte und Artikel 48 Absatz 2 der Weimarer Reichsverfassung.

Schwierig war in der Weimarer Verfassung die Frage nach der Bedeutung der Sondervorbehalte und der Gesetzesvorbehalte bei den Grundrechten inbezug auf die Diktaturmaßnahmen des Reichspräsidenten auf Grund des Art. 48 Abs. 2.

Die zahlreichen Streitpunkte über diese Frage können hier nicht erörtert werden. Es wird auf die Darstellung von Karl Schultes[113]) verwiesen.

---

110) Thoma, OVG.-Festschr. S. 196.

111) Thoma, OVG.-Festschr. S. 194; HdbStR. Bd. II S. 226; dag. Hensel, Mannheim, Köttgen, s. bei Thoma, HdbStR. a.a.O. Anm. 15.

112) Thoma, HdbStR. Bd. II S. 150.

113) Schultes, Die Jurisprudenz zur Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 II der Weim. Verfassung.

Nach der ursprünglichen verfassungsmäßigen Auslegung des Art. 48 Abs. 2 mußte für jeden Sondervorbehalt im organisatorischen Teil der Reichsverfassung geprüft werden, ob er diktaturfest war oder nicht. Die sogen. zwingenden Sondervorbehalte schlossen jedenfalls eine Diktaturmaßnahme aus. Die Auslegung der einzelnen Fälle mußte immer eine rechtsstaatliche sein, d. h. es mußte untersucht werden, ob nach dem Willen der Verfassung die Mitwirkung des Parlamentes im Falle der Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgeschlossen werden konnte oder nicht.

Die mit einem Spezialvorbehalt versehenen Grundrechte, womit der „überkommene Grundrechtsbestand", die eigentlichen Freiheitsverbürgungen gemeint sind, schlossen eine Beschränkung durch den Diktator aus, zumal die Diktaturmaßnahme nicht als materielles Gesetz, auch im Sinne der Grundrechtsvorbehalte, angesehen werden konnte; denn die Maßnahme war keine generelle auf die Dauer angelegte Regelung [114]). Nur für die sieben Grundrechte, die der Reichspräsident außer Kraft setzen konnte, gab es keine Schranke des Gesetzesvorbehalts; denn nach der Suspendierung brauchte er sich um diesen nicht mehr zu kümmern. Wenn der Reichspräsident selbst Gesetze im Sinne des Vorbehalts hätte schaffen können, dann wäre es nicht nötig gewesen, die Grundrechtssuspension zu ermöglichen [115]).

Bei den außerhalb dieses Kerns der Grundrechte in der Verfassung aufgestellten Rechtsverbürgungen mußte man für den Einzelfall unterscheiden, ob es der Vorbehalt auf ein förmliches Gesetz abstellte, oder aber, ob, abgesehen davon, daß das verfassungsmäßig geschützte Recht in seinem Kern bestehen bleiben mußte, der Diktator „mit vorübergehenden Maßnahmen in die Ausgestaltung des Grundrechtes eingreifen konnte" [116]).

Diese verfassungsmäßige Auslegung war von vornherein von einzelnen Autoren abgelehnt worden [117]). Carl Schmitt hatte sich vor allem gegen die These gewandt, daß die Befugnis zur Suspendierung einzelner Grundrechte auf eine Beschränkung der Diktaturgewalt hinweise, die eben nur für diese sieben Fälle fortfiele. Nach ihm konnte der Reichspräsident alle möglichen Maßnahmen treffen und somit auch in die Grundrechte eingreifen, die einen Spezialvorbehalt kannten und nicht als suspensabel in Art. 48 aufgezählt waren. Über diese Befugnis ginge die Befugnis der Außerkraftsetzung der sieben Grundrechte noch hinaus, denn Außerkraftsetzung als eine Beseitigung von Rechtsschranken sei etwas anderes als die Ignorierung dieser Schranken für den Einzelfall [118]).

Diese Lehre wurde durchweg abgelehnt [119]), aber an der restriktiven Auslegung der herrschenden Lehre konnte nicht festgehalten werden, da die Diktaturpraxis im Laufe der Zeit weit über diesen engen Rahmen hinaus-

114) Schultes, S. 44.
115) Schultes a.a.O.; Grau, HdbStR. Bd. II S. 286.
116) Schultes S. 45.
117) C. Schmitt und Jacobi, Veröfftl. d. Vereinigg. d. D. Staatsrl. Bd. 1 S. 63 und S. 105.
118) C. Schmitt a.a.O. S. 76.
119) Schultes S. 51 ff.

ging. Die Diktaturgewalt wurde allmählich ausgeweitet zu einem Notverordnungsrecht. Die Erkrankung des Wirtschafts- und Finanzorganismus, sowie die Störung des parlamentarischen Apparates, die das Funktionieren der Gesetzgebungs- und Regierungstätigkeit verhinderte, genügten für die Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 2, gleichgültig, ob sie eine Störung im Einzelfall, eine konkrete Notlage, bedeuteten [120]); gleichzeitig wurden die Maßnahmen „von individuellen zu generellen, von vorübergehenden zu dauernden" [121]). Dazu kam die Möglichkeit einer Delegation, die soweit ging, ein anderes Organ zum Erlaß von Vorschriften ergänzenden Inhaltes zu ermächtigen (vgl. z. B. § 15 d. VO. des Reichspräsidenten vom 11. 11. 1932, RGBl. I S. 525; § 70 Kap. V des 1. Teils der VO. des Reichspräsidenten über Maßnahmen auf dem Gebiete der Rechtspflege und Verwaltung vom 14. 6. 1932, RGBl. I S. 285, 288).

So fiel allmählich der Unterschied zwischen Diktaturmaßnahme und Notverordnung fort, und es stand nichts im Wege, die Diktaturverordnung als materielles Gesetz schlechthin gelten zu lassen, sodaß die Gesetzesvorbehalte bei den Grundrechten keine Schranken für den Reichspräsidenten mehr waren. Die Auslegung der Gesetzesvorbehalte des organisatorischen Teils änderte sich ebenfalls. Es wurde als Grundsatz aufgestellt, daß sich die Verordnungsgewalt des Reichspräsidenten auf das gesamte Gebiet des Gesetzesvorbehaltes erstrecken sollte; auch diejenigen Gegenstände, deren Regelung einem formellen Gesetz vorbehalten war, sollten nicht mehr diktaturfest sein. Für diesen Grundsatz sollte es Ausnahmen geben und daher im Einzelfall aus „inneren Gründen" die Existenz diktaturfester Vorbehalte gefunden werden [122]). Daß diese „inneren Gründe" keine feste Abgrenzungsmöglichkeit gaben, zeigt die Kontroverse über die Antastbarkeit des finanzrechtlichen Vorbehaltes [123]).

Praktisch hatte die Diktatur denn auch keine Schranken gekannt und keinen Vorbehalt geachtet. Der parlamentarische Gesetzgebungsstaat mit seinem Vorbehlt des Gesetzes hatte sein Ende gefunden, als neben den eigentlichen Gesetzgeber, das Parlament, die Gesetzgebungsmacht des Diktators trat [124]). Einen bürgerlichen Rechtsstaat, dessen Grundprinzip, daß Eingriffe in die Freiheitssphäre des Individuums nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes möglich waren, nur dann einen Sinn hatte, wenn seine Gesetze unter Mitwirkung des Volkes oder seiner Vertretung zustandekamen, gab es im Deutschen Reich nicht mehr.

---

120) Schultes S. 59.
121) Schultes S. 60.
122) Schultes S. 64.
123) Schultes S. 67 ff.
124) Schultes S. 79; C. Schmitt, Legalität S. 75.

Der Vorbehalt des Führerwillens und der Vorbehalt des Gesetzes im nationalsozialistischen Verfassungsrecht.

A. Der völkische Führerstaat.

I. Der Führerwille.

Die organisatorische Teilung der Staatsfunktionen und die Verkörperung der rechtsetzenden Gewalt in einer Volksvertretung waren Einrichtungen des liberalen Staates zum Schutze des Individuums vor dem Staat.

Die nationalsozialistische Verfassung [125]) kennt nur die Gesamtgewalt des Führers, die allen Staatsfunktionen übergeordnet ist [126]). In der Person des Führers vereinigen sich die rechtsetzende und vollziehende Gewalt [127]) zu einer Einheit, die notwendig ist zur einheitlichen Gestaltung der Volksgemeinschaft und sich auswirkt zu ihrem Nutzen, während sich die Gewaltentrennung zwar zur Sicherheit des einzelnen, aber zum Schaden des ganzen Volkes ausgewirkt hatte.

Diese Gemeinschaft des Volkes ist die Gefolgschaft des Führers, dem sie in Treue und Vertrauen ergeben ist. Da sich der Wille des Führers nur auf das Wohl und die Erhaltung des Volkes richtet, bedarf es eines Schutzes vor dem Willen des Führers nicht. Die Notwendigkeit, den einzelnen vor dem Staat zu schützen, ist aber auch insofern in Wegfall gekommen, als es eine vom Staat getrennte Freiheitssphäre des einzelnen nicht mehr gibt; aus der Gegenüberstellung des Individuums und des Staates ist die Hineinstellung des einzelnen in den Staat geworden; der ganze Bereich des Volksgenossen wird zum Nutzen und zur Entfaltung der Volksgemeinschaft vom Staat ergriffen, und zwar von einem Staat, der sich darstellt als die „politische Lebensform" [128]) des Volkes, als seine geschichtliche und politische Gestalt [129]). Es handelt sich hier nicht um den Staatsbegriff, der lediglich den Behörden- und Ämterapparat umfaßt, sondern um den Staat im weiteren Sinne, der mit der „Totalität des politischen Volkes identisch" [130]) ist, den Staat als den „lebendigen Organismus des Volkstums" [131]), der auf den beiden Säulen: Bewegung

---

125) Es braucht nicht besonders darauf hingewiesen zu werden, daß wir auch heute noch von einer Verfassung des Deutschen Reiches sprechen können, obgleich es keine geschriebene Verfassung gibt. Die Verfassung als „die Grundordnung, die die Vielheit politischer Werte und Kräfte zur staatlichen Einheit zusammenfaßt", ist nicht an eine äußere Form gebunden, sondern leitet das staatliche Leben als „unsichtbare Grundordnung", (vgl. Huber, Politische Verfassung S. 7).

126) Vgl. Huber, DJZ. 1934 S. 955.

127) Wir lassen die rechtsprechende Gewalt außer Betracht.

128) Koellreutter, Verf. Recht S. 11.

129) Huber, Neue Grundbegr. S. 6; DJZ. 1934 Sp. 955; insbes. ZStW. 95 S. 30 und 33 ff.; vgl. auch Gerber, Staatsr. Grundl. S. 18 f. Gegen diesen Staatsbegriff Höhn, Wandlung S. 35, der nur den Staat als Behörden- und Beamtenapparat kennt.

130) Reuß, JW. 1935 S. 2025.

131) Hitler, Mein Kampf S. 434.

einerseits und Behördenapparat und Wehrmacht anderseits beruht [132]). Wenn auch der Nationalsozialismus betont, daß der Staat nur Mittel zum Zweck sei, so ist das nur so zu verstehen, daß der Staat „gerade seinen Daseinszweck, seinen Sinn und seine Würde darin findet, Mittel der Selbstgestaltung und der Selbstentfaltung des Volkstums zu sein“ [133]) [134]).

An die Stelle des Gesetzes als oberstem Willen im Staat ist der Wille des Führers im nationalsozialistischen Staat getreten; nicht mehr das abstrakte Gesetz hat die Herrschaft, sondern der Führer, der als Führer der Volksgemeinschaft ihre politische Lebensform, den Staat, gestaltet.

Diese Gestaltung findet in erster Linie ihren Ausdruck in der positiven Rechtsetzung. Die nach außen in Erscheinung tretende Rechtsordnung ist das wichtigste Mittel, den Willen des Führers zum Ausdruck zu bringen.

II. Die Gestaltung der Rechtsordnung.

1. Die nationalsozialistische Rechtsgestaltung.

Die Rechtsetzung des nationalsozialistischen Staates steht zu der Rechtsetzung des liberalen Staates insofern im Gegensatz, als in diesem nur das als Recht galt, was durch Gesetz positiv angeordnet war [135]). Das Recht wurde durch das Gesetz geschaffen, da in einem Staat individua-

132) Frick, Neubau S. 14.

133) Reuß, JW. 1934 S. 1037; vgl. auch S. 2962.

134) Es ist hier nicht der Platz, auf den Staatsbegriff der nationalsozialistischen Weltanschauung näher eingehen zu können; es müßte auch hier die Entwicklung der Jahrhunderte berührt werden, um den neuen Begriff vom Staat rein abgrenzen zu können. Aber es soll hervorgehoben werden, daß dieser Staat, den wir als die politische Lebensform des deutschen Volkes bezeichnet haben, nichts anderes ist als das, was Heckel Reich nennt (Lage und Studium S. 9 ff.). Es handelt sich hier sehr wohl um eine Terminologie, die auf den „Gegensatz der juristischen Kunstsprache und der politischen Weihesprache zurückzuführen“ ist (S. 10). Daß der Eid der Soldaten und Beamten das Wort „Staat“ nicht kennt, beruht darauf, daß an die Stelle der Bindung an den unpersönlichen Staat die persönliche Bindung an den Führer tritt; das persönliche Band zwischen Volk und Führer und innerhalb der Volksgemeinschaft besteht im Staat und hat mit einem Gegensatz zum Staat nichts zu tun. Es ist sicherlich richtig, daß die nationalsozialistische Weltanschauung nicht vom Staate lebt, aber hat denn die liberalistische Weltanschauung vom Staat gelebt? Es ist gut und notwendig, wenn in der politischen Lebenssphäre feierliche und würdevolle Worte gebraucht werden, aber daß wir „ein Volk“ und „ein Reich“ sind, ändert nichts daran, daß es juristisch einen deutschen Staat gibt, der begrifflich vom Deutschen Reich nicht unterschieden werden kann.

135) Es handelt sich hier um die Wiedergabe der herrschenden sog. positivistischen Lehre. Es soll aber hervorgehoben werden, daß schon zur Zeit des Weimarer Staatsrechts die Gültigkeit des Satzes Recht gleich Gesetz von bedeutenden Autoren in Frage gestellt wurde. Einmal tauchte das Problem bei der Untersuchung des richterlichen Prüfungsrechtes auf; die Frage lautete: Ist der Richter befugt, einem unsittlichen oder ungerechten Gesetz die Anwendung zu versagen? Zum anderen wurde gefragt, ob der Reichspräsident ein Gesetz nicht auszufertigen brauche, wenn es ihm aus der Willkür des Gesetzgebers entsprungen und ungerecht erschien (vgl. Thoma, HdbStR. Bd. II S. 142). Beide Fragen wurden von den meisten zugunsten des Gesetzgebers

listischer Herrschaftsordnung, in dem die Freiheit des einzelnen grundsätzlich über allen Beziehungen zu seinen Mitmenschen steht, sich eine Ordnung, die das Einzelinteresse beschränkt und die Beziehungen der einzelnen gegeneinander abgrenzt, nicht von selbst versteht. Wir hatten gesehen, daß lediglich die Anerkennung des Staates und der zum Nutzen des einzelnen notwendigen Ordnung die Möglichkeit gab, die Freiheitssphäre des Individuums zu beschränken, und das konnte nur durch ein Gesetz geschehen.

Demgegenüber ist der Volksgemeinschaft eine Rechtsordnung immanent, sie ist die mit dem „Leben der Gemeinschaft eng verbundene Lebensordnung“ [136]). Das Recht braucht nicht erst geschaffen zu werden, sondern ist mit dem Gemeinschaftsdenken von selbst vorhanden; es besteht eine Ordnung, die nicht als gesetzte Ordnung zum Nutzen des einzelnen anerkannt wird, sondern in die sich jeder einzelne fügt als Glied der Gemeinschaft zu ihrer Erhaltung und Förderung [137]).

Das bedeutet aber nicht, daß sich eine Gestaltung dieser Ordnung erübrigte, vor allem ist es ein Irrtum, anzunehmen, die positive Regelung forme lediglich das Recht, das schon vorhanden ist, und von einer Rechtschaffung durch Gesetz könne nicht die Rede sein. Denn einmal gibt es zahlreiche Gebiete des Gemeinschaftslebens, die geregelt werden müssen, ohne daß sich die spezielle Regelung als mit der innerhalb der Gemeinschaft bestehenden Lebensordnung gegeben von selbst versteht; dazu gehören insbesondere die Gebiete, die geregelt werden müssen, „damit überhaupt eine Regel vorhanden ist“ [138]), so z. B. die Regelung des Verkehrs, die Bestimmung von Fristen, die Vorschriften über das gerichtliche Verfahren u. a. m. [139]). Hier schafft erst die gesetzte Regel die Rechtsordnung.

---

entschieden, insbesondere auch vom Reichsgericht. Die verfassungspolitische Entscheidung mußte für den liberalen Staat so getroffen werden, da sonst der Richter bzw. Reichspräsident statt des Gesetzgebers die höchste Gewalt im Staate innehatte. Aber die Bekämpfung dieser Entscheidung (vgl. insbes. die Anmerkungen 79—84 bei Thoma a.a.O.) zeigt deutlich, daß die Ablehnung der Gleichstellung von Gesetz und Recht schon früher in Erscheinung trat, wenn auch natürlich das Recht als solches durchaus anders bestimmt wurde, indem man in den „erkenntnistheoretischen Irrtum der Naturrechtsdoktrin“ zurücksank, „als sei ein allgemeingültiges Werturteil über die Unsittlichkeit oder Ungerechtigkeit eines Gesetzes oder seiner Motive auffindbar und demonstrierbar“ (Thoma a.a.O.), während wir heute die Allgemeingültigkeit des Rechtes durchaus nicht anerkennen, sondern das Recht als ein volksgebundenes bestimmen, das Recht dem Rechtsempfinden eines Volkes gleichsetzen, ja sogar die Formel geprägt worden ist, daß Recht ist, was dem Volke nutzt. Es ist in diesem Zusammenhang auch auf den Streit um Art. 109 Weim. RV. zu verweisen (vgl. oben S. 6 ff.), indem die Forderung nach der Bindung des Gesetzgebers an diese Vorschrift nichts anderes ist als die Anerkennung eines Rechtes über dem Gesetz, was aber für die Weim. Verf. ebenfalls abgelehnt wurde. — Für die Entwicklung auf dem Gebiete der Rechtsphilosophie vgl. Larenz S. 18 ff.

136) Larenz S. 5. Vgl. auch Huber, Verfassung S. 127.

137) Larenz S. 6, 7; Fauser S. 132; Scheuner, Ges. u. Einzelanordnung S. 25; Maunz, Neue Grundlagen S. 17.

138) Franzen S. 19.

139) Franzen S. 18; Franzen (S. 19 f.) stellt neben diese Gebiete, für die eine Regel geschaffen werden muß, damit überhaupt eine Regel vorhanden ist, alle anderen Gebiete, für die durch die Rechtsnorm für den möglicherweise

Zum anderen wird aber auch dort Recht geschaffen, wo die mit der Gemeinschaft gegebene Rechtsordnung vorhanden ist, diese aber konkret ausgebaut werden muß. Es ist zwar Recht, daß der Vermieter kündigen kann, wenn sich der Mieter nicht dem Mietverhältnis entsprechend verhält, aber die konkrete Aufzeichnung der einzelnen Kündigungsgründe ist unerläßlich, und damit wird eben Recht gesetzt.

Aber auch das mit dem Gemeinschaftsleben gegebene Recht, das vorhanden ist, ohne in eine konkrete Form gegossen zu werden, kann nur in den seltensten Fällen eine allgemeine Verbindlichkeit beanspruchen, denn dazu ist notwendig, daß es von allen Volksgenossen, ja sogar von Fremden, die sich innerhalb des Staatsgebietes aufhalten und den Vorschriften der staatlichen Rechtsordnung unterliegen, erkannt wird. Um das Recht erkennbar zu machen, muß es in äußere Formen gegossen werden, muß es gestaltet werden.

Ein Grund für diese Gestaltung ist die Notwendigekit einer Rechtssicherheit, deren Bedeutung und Erfordernis nicht verkannt werden sollte.

Wenn es sich auch heute sicherlich nicht mehr darum handelt, eine Sicherstellung des Individuums vor dem Staat zu schaffen, ihm die Möglichkeit zu geben, sein Handeln in allen rechtlichen Folgerungen genau berechnen zu können, so muß doch Rechtssicherheit bestehen, damit der einzelne darauf vertrauen kann, daß „unter allen Umständen Recht geschieht" [140]). Das ist aber nur möglich, wenn Ordnungen bestehen, die für jeden erkennbar sind, und die ungeschriebenen Gesetze der Gemeinschaft sind durchaus nicht selbstverständlich als Richtung für das Handeln des einzelnen innerhalb der Gemeinschaft dem geschriebenen Gesetz gleichzusetzen [141]). Gegen diese Forderung der Rechtssicherheit, die vor allem von Koellreutter [142]) immer wieder betont wird, hat sich Höhn [143]) gewandt, indem er ausführt, daß bei gemeinschaftsmäßiger Haltung dieses Problem überhaupt nicht bestehe. „In einem SA-Sturm oder in einem Arbeitslager gibt es kein Problem der Einstellung einzelner gegen die Gemeinschaft

---

entstehenden Konflikt aus einem bestimmten sachlichen Grunde eine Entscheidung getroffen wird. Hier unterscheidet er solche Entscheidungen, die nach dem Gerechtigkeitsgrundsatz, von solchen, die nach einem politischen Prinzip getroffen werden. Wenn aber die Rechtsordnung die mit dem Leben der Gemeinschaft verbundene Lebensordnung ist, so sind auch die politisch motiverten Rechtsnormen Ausdruck der Lebensordnung. Es ist unrichtig zu sagen, die Normen, die gegen das Judentum erlassen werden, seien weder als gerecht noch als ungerecht zu bezeichnen oder der Schwachsinnige, der durch Fortpflanzung das Erbgut der kommenden Generation verseucht, verstoße nicht gegen Grundsätze der Gerechtigkeit. Der Schwachsinnige und der Staatsfeind verstoßen gegen die Lebensordnung der Volksgemeinschaft und damit gegen Recht und Gerechtigkeit. Es kommt doch gerade darauf an, „politisches Denken" und „Rechtsgewissen" in Einklang zu bringen. Dem Volk soll eben „politisches Denken" und politische „Rechtsnorm" von Natur aus nicht fremd sein!

140) Seydel S. 84.

141) So aber Seydel S. 86.

142) vgl. Verfassungsr. S. 14; NS.-Rechtsstaat S. 7; ferner Goering a.a.O.; Scheuner, Ges. u. Einzao. S. 6 und bei Frank S. 96; Gerber S. 29 und insbes. Frank auf der Gautagung am 1. und 2. Juni 1935: „Daher haben wir als erste große Voraussetzung des Staatsaufbaues die Rechtssicherheit anzusehen", JW. 1935 S. 1757.

143) JW. 1934 S. 1636.

oder der Rechtssicherheit des einzelnen gegenüber der Gemeinschaft. Jeder ist Glied der Gemeinschaft und als solcher Träger von Gemeinschaftsgeist". Diese Behauptung ist in ihrer Folge durchaus nicht abwegig, wie Koellreutter[144]) meint; es fragt sich nur, ob die Voraussetzungen, von denen Höhn ausgeht, vorliegen; diese aber sind, daß jeder Träger von Gemeinschaftsgeist ist oder eine gemeinschaftsmäßige Haltung einnimmt. Die Annahme, daß eine solche Voraussetzung vorliege, ist allerdings abwegig; denn die bestmögliche Erziehung wird keinen Menschen zum Idealmenschen einer reinen Gemeinschaftslehre machen. Solange Einzelmenschen existieren, werden Einzelinteressen aufeinanderprallen, und wenn es der Nationalsozialismus erreicht haben wird, daß die Grundhaltung jedes deutschen Menschen eine gemeinschaftsmäßige ist, so wird im Einzelfall doch immer eine staatliche Anordnung mit Durchführungszwang notwendig sein, und das Problem der Rechtssicherheit wird immer seine Bedeutung behalten.

Daher hat der nationalsozialistische Staat die geprägte Norm beibehalten[145]), er kann ebensowenig wie jeder andere Staat eine gesetzte Ordnung entbehren. „Trotz aller erneuten Anerkennung der mannigfachen dem Leben unmittelbar immanenten Ordnungen kann auch die Gegenwart auf weiten Gebieten nicht darauf verzichten, durch rationale Entschließung einen bestimmten Rahmen zu schaffen, in dem sich menschliches Leben abspielen soll . . . Es ist der Sinn der vom Staat gesetzten Teile der Rechtsordnung nicht anders als derjenigen Rechtsgrundsätze, die der rechtsetzende Staat bereits als unmittelbar in der Lebenswirklichkeit eines Volkes gegeben vorfindet, Maßstäbe zu bieten, an denen das eigentliche praktische Verhalten sich hernach ausrichten kann" [146]).

2. Der Vorbehalt des Führerwillens.

Die mit dem Leben der Volksgemeinschaft gegebene Lebensordnung ist nun zwar für manchen Einzelfall klar erkennbar; es gibt sicherlich Fälle, für die aus dieser Lebensordnung heraus eine gerechte Entscheidung von jedem Volksgenossen getroffen werden könnte. Aber die eigentliche Erkenntnis der gesamten Ordnung, die zur Erhaltung und Förderung der ganzen Gemeinschaft dient, kann nur der Führer dieser Gemeinschaft haben. Die Findung des im Volke lebenden Rechts steht in erster Linie dem dieses Volk leitenden Führer zu. Und ebenso ist auch er der einzige, der befugt ist, neues Recht der Gemeinschaft zu schaffen.

Die Rechtsgestaltung und Rechtsetzung ist dem Willen des Führers vorbehalten[147]), und daher muß heute von einem Vorbehalt des Führerwillens gesprochen werden. Die gesamte Gestaltung der Rechtsordnung kann nur durch den Führer erfolgen. Dadurch erlangt der

144) Verfassungsrecht S. 22.
145) Tatarin-Tarnheyden S. 20.
146) Köttgen, Verw. S. 8; vgl. auch die ausgezeichneten Ausführungen Köttgens im RVerwBl. 1936 S. 459 f.
147) Was im einzelnen unter Rechtsgestaltung und Rechtsetzung zu verstehen ist, wird noch näher ausgeführt werden.

Führer nicht die Befugnis des absoluten Herrschers anzuordnen, was er will, sondern sein Wille ist ausgerichtet an der Erhaltung und dem Wohlergehen des Volkes. Er ist der Vollstrecker der geschichtlichen Sendung der deutschen Volksgemeinschaft[148]).

3. Die Formen des Führerwillens.

Die vom Führer gesetzte Ordnung erscheint in verschiedenen Formen. Schlägt man das Reichsgesetzblatt auf, so sieht man, daß auch heute noch von Gesetzen, Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen die Rede ist. Diese Unterscheidung aber hat nur dann einen Sinn, wenn nicht nur die äußeren Namen, sondern auch die Begriffe unterschieden werden. Es ist dies allerdings eine „äußere Erscheinung", die wir zum Ausgangspunkt unserer Untersuchungen machen; aber eben aus dem Grunde, daß die Deutsche Reichsregierung an diesen alten Unterscheidungen festhält, sind wir berechtigt, dasselbe zu tun. Es handelt sich hier eben nicht um „reine Vokabeln". Was denn sonst soll richtunggebend für eine staatsrechtliche Untersuchung sein, wenn nicht der Wille der Führung, der sich auch in diesen „Vokabeln" äußert[149]).

Die höchste Form, in der der Führer seinen Willen zum Ausdruck bringt, ist die Form des Gesetzes. Dieses formelle Gesetz kommt nun nicht mehr, wie im liberalen Staatsrecht, auf einem typischen „Weg der Gesetzgebung" zustande, aber es heißt immerhin noch Gesetz und wird in einer bestimmten Form verkündet.

Das formelle Gesetz wird zur Gestaltung des Staates erlassen und daher können wir bestimmen:

Das formelle Gesetz ist ein vom Führer erlassener Staatsakt, der den Namen Gesetz trägt und im Reichsgesetzblatt verkündet ist. Das Gesetz ist ein Akt des Führers, unabhängig von seiner Entstehung im einzelnen.

Die sog. Regierungsgesetze, die seit dem Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 ergehen und den weitaus größten Teil der Gesetzgebung umfassen, sind Akte des Führers. Es ist für die Praxis völlig bedeutungslos, sich darüber zu streiten, ob diese Gesetze durch den Führer und Reichskanzler, durch einen Beschluß der Reichsregierung mit oder ohne Abstimmung erlassen werden, oder eventuell in einem schriftlichen Umlaufverfahren die Stellungnahme der einzelnen Minister gefordert wird, letzten Endes aber die Übereinstimmung des betreffenden Ressortministers mit dem Führer entscheidet. Der Führer wird mit seinem Führerrat das Verfahren so regeln, wie es der Wichtigkeit der zu erlassenden Gesetze entspricht; Erörterungen darüber, daß es sich bei einem Gesetz lediglich um eine Anordnung des Führers handeln kann, da nur so das Führerprinzip gewahrt sei, zudem die Minister durch das Gesetz über den Eid der Reichsminister vom 16. Oktober 1934 dem Führer zu Gehorsam verpflichtet seien, oder daß es sich dem Ermächtigungsgesetz und der

148) vgl. Huber DJZ. 1934 S. 955.
149) Das sei gesagt gegen Roger Diener, Deutsches Recht 1934 S. 446, und gegen Höhn, daselbst S. 435.

Eingangsformel der Gesetze entsprechend um einen Beschluß der Reichsregierung als Gesamtheit handeln muß, sind völlig belanglos [150]).

Aber auch die Gesetze, die durch einen Reichstagsbeschluß zustandekommen und deren Entstehungsweise ja auch in der Eingangsformel der Reichstagsgesetze zum Ausdruck gekommen ist, sind Akte des Führers. Einmal steht es heute im Belieben des Führers, den Reichstag zu berufen und über Gesetze beraten und beschließen zu lassen, zum anderen ist es völlig unmöglich, den Gedanken eines Auseinanderfallens zwischen Führer- und Reichstagswillen zu fassen, sei es, weil die Mitglieder des Reichstags Mitglieder der NSDAP. und daher dem Führer zu Gehorsam verpflichtet sind, sei es, weil es sich aus der allgemeinen Gefolgschaftstreue, die die restlose Anerkennung des Führerwillens umfaßt, von selbst versteht.

Ebenso würde es sich bei einem durch das Volk beschlossenen Gesetz um einen Akt des Führers handeln. Es ist nach dem Gesetz über Volksabstimmung vom 13. Juli 1933 in das Belieben der Reichsregierung gestellt, das Volk zu befragen, ob es einer von ihr beabsichtigten Maßnahme — und diese Maßnahme kann auch ein Gesetz sein, vgl. § 1 Abs. 2 — zustimmt oder nicht. Würde das Volk um seine Zustimmung zu einem beabsichtigten Gesetz befragt, so könnte im Falle der Bejahung ein volksbeschlossenes Gesetz zustande kommen, das aber seinen Entstehungsgrund in dem Entschluß der Reichsregierung, das Volk überhaupt zu befragen, findet. Der Führer ist nicht verpflichtet, diesen Volksbeschluß als Gesetz zu verkünden und in Wirkung treten zu lassen. Wenn das Volk anderseits die Zustimmung versagen würde, so bedeutete das nicht irgendeine Hemmung des Führers, das beabsichtigte Gesetz nicht zu erlassen [151]).

Neben der Gesetzesform gibt es andere Formen, in denen der Führer seinen Willen zum Ausdruck bringt. Meist wird für einen bestimmten Inhalt eine bestimmte Form gewählt werden und daher eine allgemeine Regelung Verordnung, eine Anordnung für den Einzelfall Verfügung, eine Anordnung der Organisationsgewalt Erlaß genannt werden. Die Beziehungen, in denen diese Formen zueinander stehen, werden noch untersucht werden. Hier sei nur hervorgehoben, daß eine Anordnung des Führers, die Verbindlichkeit beansprucht, notwendig in einer Form zum Ausdruck kommen, insbesondere verkündet werden muß. Die Rechtssicherheit des einzelnen Volksgenossen verlangt diese Erkennbarkeit. Durch die Veröffentlichung in einer der großen Tageszeitungen ist diesem Erfordernis durchaus genügt. Eine nicht formell verkündete Äußerung des Führers, z. B. die Führerrede, ist daher keine verbindliche Anordnung, deren Befolgung erzwungen werden könnte [152]).

150) vgl. dazu Poetzsch-Heffter, JahrbÖffR. Bd. 22 S. 70; Huber, Verfassung S. 123f .

151) Praktisch hat der Fall einer Volksgesetzgebung noch nicht vorgelegen. Bei der Befragung des Volkes am 19. 8. 1934, der einzigen, bei der es sich überhaupt um ein Gesetz handelte, war das Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches bereits erlassen; es handelte sich lediglich um eine Zustimmung, nicht um einen Gesetzesbeschluß des Volkes. In der Praxis sind also Ansätze für die Wandlung der Volksgesetzgebung zur reinen Akklamation gegeben.

152) Fauser S. 137; Koellreutter, RuPrVerwBl. 1934 S. 807.

B. Der Umfang des Vorbehalts des Führerwillens.

Der Vorbehalt des Führerswillens wird geschaffen durch den Vorrang, den Allgemeinvorbehalt und die Sondervorbehalte. Außerdem stehen die Formen, in denen der Führerwille zum Ausdruck kommt, in bestimmten Beziehungen zueinander und haben auf die Wirkungskraft des Führerwillens als solchen bestimmenden Einfluß.

I. Der Vorrang des Führerwillens.

1. Der Vorrang des Führerwillens in seiner grundsätzlichen Bedeutung.

Der Vorrang des Führerwillens bedeutet grundsätzlich, daß Anordnungen des Führers allen Anordnungen anderer Staatsorgane[153]) vorgehen und nur von ihm selbst aufgehoben, abgeändert und für den Einzelfall durchbrochen werden können.

Dieser Vorrang besteht zunächst unabhängig von der Form, in der der Wille des Führers in Erscheinung tritt. So darf z. B. eine Verordnung eines Ministers nicht im Gegensatz stehen zu einem Gesetz, einer Verordnung und auch nicht zu einer Verfügung des Führers. Dieser Vorrang ist die selbstverständliche Folge der obersten Stellung des Führers im Staat; die Rangordnung der Rechtsquellen richtet sich insofern nach der Rangordnung der rechtsetzenden Instanzen[154]).

2. Der Vorrang des formellen Gesetzes.

Neben dieser Vorrangswirkung, die sich aus der Rangordnung der Staatsorgane ergibt und die für alle Akte des Führers gilt, besteht eine besondere Vorrangswirkung, wenn der Führer seinem Willen in der Form des Gesetzes Ausdruck verleiht. Die Form des Gesetzes verschafft nämlich dem in diese Form gekleideten Akt eine Vorrangskraft nicht nur gegenüber den Anordnungen unterer Staatsorgane, sondern grundsätzlich auch gegenüber den Anordnungen des Führers selbst[155]), die in anderen Formen in Erscheinung treten.

Die Bedeutung, die die Gesetzesform im liberalen Staatsrecht inne hatte, ist allerdings nicht mehr vorhanden. Hier hatte gerade die Gesetzesform dazu gedient, die Macht des Parlamentes im Laufe der Zeit erheblich zu erweitern. Über den Grundsatz, der den Erlaß von Rechtsätzen dem

---

153) Wenn auch der Führer den Staat gestaltet, so steht er doch im Staat, im weiteren Sinne: als politische Lebensform des Volkes, und insofern ist der Führer auch Staatsorgan und das von ihm erlassene Gesetz ist ein Staatsakt. Dag. Höhn, Wandlung S. 17, 34 ff.

154) Vgl. Köttgen, Verw. S. 32. Rechtsetzend ist hier zunächst im weitesten Sinne des Wortes gefaßt.

155) Über eine Ausnahme vgl. unten S. 38.

formellen Gesetz vorbehielt, hinaus ergingen andere Staatsakte in der Form des Gesetzes oder es wurde für sie die Form des Gesetzes verlangt, um das Vorbehaltsgut des Parlamentes auszubauen und das der Regierungen einzuschränken. Die Bedeutung des formellen Gesetzes war also durch die politische Konstellation im liberalen Staat bedingt.

Es muß ferner hervorgehoben werden, daß der Führer, der unbeschränkte Gewalt genießt, sehr wohl die Möglichkeit hat, bei Erlaß neuer Anordnungen die Gesetzesform nicht zu beachten, und verbindliche Anordnungen treffen kann, die weder in der Form des Gesetzes ergehen müssen noch im Reichsgesetzblatt verkündet zu werden brauchen. Aber solange die Gesetzesform überhaupt beibehalten wird, muß ihr auch eine besondere Bedeutung beigemessen werden.

Diese Bedeutung liegt auch im nationalsozialistischen Verfassungsrecht in ihrer Unverbrüchlichkeit oder Vorrangseigenschaft: Das formelle Gesetz geht allen anderen Staatsakten, die in anderen Formen in Erscheinung treten, vor. Das formelle Gesetz kann nur durch ein förmliches Gesetz aufgehoben, abgeändert und — bis auf eine Ausnahme — durchbrochen werden.

Der Ansicht von der Vorrangswirkung des förmlichen Gesetzes stehen verschiedene Autoren des nationalsozialistischen Verfassungsrechts zur Seite. Köttgen schreibt: „Die Tatsache, daß die besondere Form der Gesetzgebung gewählt worden ist, verpflichtet ohne jede Möglichkeit inhaltlicher Prüfung dazu, diesem ‚formellen Gesetz' einen Vorrang vor allen sonstigen Staatsakten zuzuerkennen" [156]). Heckel hält das nationalsozialistische Gesetz für den im formgebundenen Verfahren zum Volksrecht obersten Ranges erklärten obrigkeitlichen Befehl des Führers [157]), und Scheuner führt aus, dem Gesetz sei auch im heutigen Recht der oberste Rang unter allen rechtlichen Geboten zuzulegen [158]).

Diese feierliche Form des Gesetzes dient in der Hauptsache der Rechtssicherheit der Volksgenossen. Wenn diese auch dadurch gewahrt ist, daß die Anordnungen des Führers überhaupt in bestimmten Formen in Erscheinung treten, so erhält doch die ganze Staatsführung und Staatsverwaltung durch diese in einem bestimmten Blatt verkündeten Gesetze eine besondere Note der Erkennbarkeit und eine Festigkeit und Beständigkeit, obwohl es nicht schwierig ist, die Gesetze wieder aufzuheben oder abzuändern. Denn diese Aufhebung oder Abänderung erscheint auch wieder in derselben Form und wird im Reichsgesetzblatt verkündet.

Eine besondere Untersuchung aber erscheint auch hier notwendig, wenn die Frage gestellt wird: Kann das formelle Gesetz für einen Einzelfall durchbrochen werden? Ist das durchbrechende Individualgesetz [159]) und

---

156) Köttgen, D. Verwaltung S. 34.

157) Heckel, Verw.Blätter S. 163; ähnlich Stratenwerth S. 137. Neuerdings Heckel D.Verw.Blätter 1937 S. 61: „Die deutsche Rechtsordnung steht nicht zur willkürlichen Disposition der Führung. Vielmehr bindet für den normalen Verlauf des Gemeinlebens das Gesetz den Führer genau so wie jeden anderen."

158) Scheuner, Ges. u. Einzelanordn. S. 26.

159) Vgl. hierzu wegen der Erörterung des Individualgesetzes in diesem Zusammenhang oben S. 5.

vielleicht eine nicht in der Form des Gesetzes ergehende durchbrechende Verfügung des Führers zulässig?

a) Wie für einen Staat, in dem das Parlament Gesetzgeber ist, die Allgemeinheit des Gesetzes gefordert wurde, um die Parlamentsherrschaft einzudämmen, umsomehr könnte diese Forderung auftauchen in einem Staat, in dem die Regierung zugleich gesetzgebende Gewalt ist. Wenn nun aber auch im Führerstaat von einer willkürlichen Regierungsherrschaft nicht die Rede sein kann, da die Führung die sittliche Verantwortung gegenüber dem von ihr geführten Volke in sich trägt, so könnte die Allgemeinheit des Gesetzes deswegen gefordert werden, weil das Gesetz um der Rechtssicherheit willen eine bestimmte Ordnung darstellt, die Vertrauensgrundlage für den einzelnen Volksgenossen sein soll. Man könnte argumentieren, daß eine Ordnung nur da besteht, wo sich die Gesetzgebung nicht in beziehungslos nebeneinander stehenden Einzelakten zersplittert[160]), sondern wo sie eine Regel aufstellt, „die der Natur der Regel gemäß nicht auf einen konkreten Fall gemünzt ist, sondern einen im Wege vorausschauender Abstraktion gewonnenen ideellen Fall im Auge hat, der sich in beliebiger Zahl möglicherweise realisieren kann“ [161]).

Die allgemeine Normierung ist auch heute der Typ des Gesetzes, und das Individualgesetz, insbesondere das ein formelles Gesetz durchbrechende Individualgesetz, bildet nur eine Ausnahme. Wenn es sich aber im liberalen Staatsrecht bei der Zulässigkeit von Individualgesetzen um ein Zugeständnis an die Gerechtigkeit handelte, während die Allgemeinheit der Norm, die grundsätzlich nicht durchbrochen werden sollte, wegen ihrer Berechenbarkeit die Grundlage der Staatspraxis zu bilden hatte, so kann im nationalsozialistischen Staat von einem solchen Zugeständnis nicht mehr die Rede sein. An die Stelle der Berechenbarkeit der Norm ist das Vertrauen auf die gerechte Entscheidung des Führers getreten; die Notwendigkeit der Allgemeinheit der Norm ist daher gar nicht mehr gegeben.

Auch die Unverbrüchlichkeit des Gesetzes kann nicht dazu dienen, die Dauer und Regelhaftigkeit als besonderes Merkmal des Gesetzes zu fordern. Wenn Köttgen[162]) gerade die Bindung der gesetzgebenden Gewalt an ihre eigenen Reegln betont, so ist das richtig, aber er fügt hinzu, daß diese Regeln im Einzelfall beachtet werden müssen, „bis sie aufgehoben oder durch neue Regeln ersetzt worden sind“, und meint damit wohl, allgemeine Gesetze müßten an die Stelle der alten treten, nicht aber könne durch Schaffung eines Individualgesetzes ein weiterhin geltendes allgemeines Gesetz für den Einzelfall durchbrochen werden. Diese Durchbrechung aber ist meist die Funktion des Individualgesetzes, gerade durch sie soll der einzelnen Lebenserscheinung, die wegen ihrer Besonderheit mit

160) Köttgen S. 31.
161) Köttgen a.a.O.; Freisler S. 1; Fauser S. 138. Wenn Fauser S. 139 sagt, daß der Grundsatz des allgemeinen Inhalts sich aus der Funktion des Gesetzes, über die völkischen Werte in regelhafter Form zu entscheiden, ergäbe, so ist das m. E. eine petitio principii. Es muß doch gerade bewiesen werden, ob die Entscheidung in regelhafter Form gerade die Funktion des Gesetzes ist.
162) Köttgen S. 33.

der allgemeinen Regelung nicht recht erfaßt wird, Rechnung getragen werden. Da es sich immer um eine Anordnung der Führung handelt, kann von einer „unmittelbaren Gefährdung" des Lebens nicht die Rede sein [163]. In diesem Falle wird sogar der Rechtssicherheit genügt, denn das Gesetz wird ja durch ein erkennbares formelles Gesetz durchbrochen [164] [165].

b) Anders ist es allerdings, wenn die Durchbrechung des formellen Gesetzes durch eine Verfügung des Führers zugelassen wird. Von der Rechtssicherheit in dem Sinne der vorherigen Erkennbarkeit einer Anordnung kann in einem solchen Falle nicht die Rede sein. Anderseits aber ergibt sich aus dem Vertrauen zu der gerechten Entscheidung des Führers das Vertrauen, daß „unter allen Umständen Recht geschieht" auch durch die gesetzesdurchbrechende Verfügung des Führers. Der Führer muß die Möglichkeit haben, durch eine Einzelanordnung, die das Gesetz nicht aufhebt, es nicht außer Kraft setzt, einen Einzelfall, der durch das Gesetz nicht in richtiger und gerechter Weise erfaßt wird, aus der allgemeinen Regelung herauszugreifen.

Allerdings wird durch eine solche, meist nicht für alle erkennbare Verfügung die einheitliche Lebensordnung der Volksgemeinschaft und die grundsätzliche Anerkennung der Rangordnung der Formen durchbrochen, der einzelne wird in einer für ihn nicht vorher erkennbaren Form erfaßt

---

163) Köttgen hebt selbst S. 35 hervor, daß Individualgesetze zulässig seien, was aber an dem grundsätzlichen Sachverhalt nichts ändere. Aber m. E. besteht darin ein Widerspruch (S. 33). Oder meint Köttgen, daß eine Durchbrechung einer Regel im Einzelfall nur dann nicht zulässig sei, wenn sie nicht durch ein formelles Gesetz ergeht? Das ist aber nicht klar ersichtlich. — Köttgen hat in seiner 2. Auflage S. 34 ff. seine Auffassung klar zum Ausdruck gebracht. Die Form des Gesetzes oder der Führerverordnung werde in der Regel bei denjenigen Führerbefehlen gewählt, die sich inhaltlich nicht als Einzelakt, sondern als abstrakt generelle Regelung darstellten. Eine Durchbrechung dieser Regel bedeute allerdings auch heute das sog. Individualgesetz, mit dem in der Form des Gesetzes ein Einzelakt gesetzt werde. Der Grund zum Erlaß dieser Individualgesetze ergebe sich regelmäßig daraus, daß für einen konkreten Einzelfall eine in Gesetzesform erlassene Ordnung durchbrochen werden solle. Wenn hier die Form des Gesetzes und nicht des Erlasses gewählt werde, so bestätige dies nur die aufgestellte Behauptung, daß auch im Führerstaat über die in der besonderen Form des Gesetzes gegebenen Führerbefehle nur in der gleichen Form verfügt werden solle. — Es kann hier Köttgen vollauf zugestimmt werden.

164) Für Zulässigkeit von Individualgesetzen: Scheuner, Ges. u. EAO. S. 27 und ArchÖfftlR. N. F. 24 S. 202, 305 f.; Huber, Polit. Verf. S. 68 und Verfassung S. 137; Koellreutter, Allg. Staatsl. S. 95; Stratenwerth S. 137; dagegen Tatarin-Tarnheyden S. 161, Freisler S. 1; Fauser S. 137 ff.

165) Beispiele für Individualgesetze: Ges. über die Befreiung d. Reichspräs. v. Hindenburg von Reichs- und Landessteuern für d. Rittergut Neudeck v. 27. 8. 33. (RGBl. I. S. 595); Ges. über d. Abgabenbefreiung e. Dotation a. d. Generalfeldmarschall Aug. v. Mackensen v. 22. 10. 35; Gesetz über die Abgabenerhebung bei der Neuordnung des Stahlvereinkonzerns v. 7. 3. 1934 (RGBl. I S. 177); Gesetz für das Staubecken Turawa v. 4. 12. 34. (RGBl. I S. 1201) oder das Gesetz über den Bau der Saaletalsperre bei Hohenwarte v. 13. 2. 1935 (RGBl. I S. 189), vor allem die preuß. Gesetze vom 4. 7. 1933, 17. 3. 1933, 11. 3. 1935, die Ausnahmen von der Altersgrenze für eine einzelne Person statuieren.

und seine Interessen unter Umständen vollständig unberücksichtigt gelassen; aber demgegenüber steht das Vertrauen zu dem Handeln des Führers, der eine solche, dem Gesetz entgegenstehende Verfügung nur erlassen wird, wenn die Sicherheit und Ordnung des Staates und des Volkes gefährdet sind und das Wohl der Volksgemeinschaft jeder einheitlichen Rechtsordnung und jedem Belange des einzelnen vorzugehen hat[166]).

Für die gesetzesdurchbrechende[167]) Verfügung des Führers — und nur für diese allein — besteht also nicht die unbedingte Vorrangskraft des Gesetzes.

c) Der Vorrang des formellen Gesetzes tritt insbesondere in Erscheinung bei der Frage der Stellung des Richters und des Verwaltungsbeamten zum Gesetz. Es wird nicht bestritten[168]), daß eine strenge Bindung des Richters und der Verwaltung an das nationalsozialistische Gesetz besteht, also an das nach der Revolution erlassene Gesetz, das ein Akt des Führers ist und daher strenge Befolgung fordert[169]).

Schwieriger ist die Beantwortung der Frage nach der Bindung an das vornationalsozialistische Gesetz. Hat auch das vornationalsozialistische Gesetz eine so weitgehende Vorrangswirkung?

Diese Frage ist insbesondere in Bezug auf die Stellung des Richters zum Gesetz erörtert worden. Es ist dargelegt worden, der Richter habe das alte überkommene Gesetz nicht anzuwenden, wenn es der nationalsozialistischen Weltanschauung widerspreche; damit wird dem Richter die Befugnis eingeräumt, in dieser Hinsicht die Weitergeltung der vornationalsozialistischen Gesetze nachzuprüfen. So führt Larenz aus[170]) aus, daß der Richter „solchen Bestimmungen die Anwendung versagen dürfe, die mit dem neuen Rechtswillen schlechthin unverträglich sind, die nicht nur als verbesserungsbedürftig, sondern als ungerecht und unsittlich angesehen werden", Herschel[171]) hält die „formlose revolutionäre Aufhebung von Normen" für möglich, und nach Küchenhoff[172]) hat das Rechtsgewissen des Volkes in besonders liegenden Fällen eine stärkere Kraft als das vornationalsozialistische Gesetz und setzt dieses außer Kraft, allerdings mit der von der Rechtssicherheit gebotenen Beschränkung[173]).

---

166) Vgl. dazu auch Heckel, D.Verw.Bl. 1937 S. 61: „Wenn die Normallage des Gemeinschaftslebens gestört ist, schweigt dem Führer gegenüber die für die Normallage geschaffene Ordnung . . . Indem der Führer mit allen Mitteln jene Störung beseitigt, durchbricht er nicht das Recht, wie eine frühere Lehre meinte, sondern er bewährt es."

167) Diese durchbrechende Führerverfügung ist zu unterscheiden von der sog. selbständigen Verfügung des Führers oder einer obersten Reichsbehörde, auf die weiter unten eingegangen wird, da es sich bei dieser um eine Verfügung handelt, die nicht ein Gesetz durchbricht, sondern im gesetzesfreien Raum ergeht.

168) Auch nicht von den Anhängern des Grundsatzes von der bloßen Rechtmäßigkeit der Verwaltung, auf den noch näher eingegangen wird.

169) Fauser S. 145; Scheuner, Ges. u. EVO. S. 6; Koellreutter in DJZ. 1934 Sp. 629; Huber, DJZ. 1934 Sp. 957, Neue Grundbegr. S. 40; Maunz bei Frank S. 62.

170) S. 35.

171) DJZ. 1933 Sp. 1011.

172) S. 30.

173) Vgl. auch Eichhorn, DJZ. 1935 Sp. 321.

Demgegenüber ist insbesondere von Franzen[174]) ausgeführt worden, daß das alte Recht „ausdrücklich vom neuen Staat übernommen und damit neu legitimiert worden" sei und zwar durch „die stillschweigende Anerkennung des alten Gesetzesrechtes durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber", indem gerade in der Änderung alter Gesetze durch Novellen die Anerkennung der grundsätzlichen Weitergeltung liege.

Wenn auch die Schaffung neuer Gesetze oft langwieriger Beratung unterliegt und sich über Jahre hinziehen kann, so ist doch heute die Führung durch das einfache Gesetzgebungsverfahren imstande, ungerechte Bestimmungen aufzuheben. Solange das nicht geschehen ist, sind die alten Gesetze eben mit dem Willen des Führers aufrechterhalten, und Richter und Verwaltungsbeamten sind nicht befugt, sie als mit der nationalsozialistischen Weltanschauung widersprechend außer Anwendung zu setzen[175]); „denn nicht nur die Richtung, die das Volksleben zu nehmen hat, sondern . . . auch das Tempo des Marsches bestimmt der Führer"[176]). Dazu führt Freisler aus, daß diese Außerkraftsetzung veralteter Gesetzesbestimmungen durch Gesetz geschehen, aber auch durch „autoritative Willensäußerung" des Führers dokumentiert werden könne[177]). Wir hatten aber schon hervorgehoben, daß nicht jede Willensäußerung des Führers als Gesetz angesehen werden könne, sondern der Gesetzesform ihre große Bedeutung zukommen müsse; daher kann nun auch das alte Gesetz, für das immer noch die feierliche Gesetzesform besteht, nicht durch eine bloße Willensäußerung, die in keiner Form ergeht und daher nicht allen amtlich bekannt gemacht ist, aufgehoben werden. Etwas anderes wäre es, wenn Freisler nur gemeint haben sollte, das alte Gesetz sei wegen des offensichtlichen Widerspruchs zur nationalsozialistischen Weltanschauung nicht mehr in Kraft und dieses Außerkrafttreten werde durch die Willensäußerung des Führers nur deklaratorisch dokumentiert.

Es ist also davon auszugehen, daß grundsätzlich eine Bindung des Richters wie des Verwaltungsbeamten an das alte Gesetz besteht. Trotzdem ist eine Ausnahme zu machen: alte gesetzliche Bestimmungen sind dann nicht anzuwenden, wenn sie dem „heutigen gesunden Volksempfinden ins Gesicht schlagen" würden, ein Ausdruck, der in den von Eckhardt aufgestellten Leitsätzen für den Richter gebraucht wird[178]). Bei Anwendung größter Vorsicht ist also eine Übergehung *offensichtlich* veralteter Gesetze zu gestatten[179]). Wir berufen uns auf eine Äußerung des Reichs-

---

174) S. 21. Vgl. auch die von ihm angegebenen Schriftsteller, ferner die Zusammenstellung der neueren Literatur u. Rechtspr. inbezug auf die Prüfungsbefugnis d. Gerichte von Dackweiler in „Jugend und Recht" 1936 Nr. 6 S. 136, aus der ersichtlich wird, daß die Mehrheit das Prüfungsrecht verneint.

175) Felsch, RVerwBl. 1935 S. 332.

176) Freisler S. 10.

177) Freisler a.a.O., dagegen Fauser S. 137.

178) Vgl. Deutsches Recht Mitteilungsbl. 1936 Nr. 2 S. 50 f.

179) So z. B. die Nichtanwendung von § 1594 BGB., wenn es sich um ein Kind artfremden Blutes handelt, vgl. Beschl. d. OLG. Düsseldorf v. 18. 4. 1935 in DRZtg. 1935 Rechtspr. Nr. 324. Es ist an dieser Stelle hervorzuheben, daß schon zur Zeit des Weimarer Staates die Frage der sog. ungeschriebenen Derogation erörtert worden ist und „einem offensichtlich veralteten Gesetz gegenüber Umdeutung und selbst Nichtanwendung statthaft und geboten" war

ministers des Inneren[180]): „Eine Aufhebung, Änderung oder Ausdehnung geltender Reichsgesetze steht nach Maßgabe des Ermächtigungsgesetzes nur der Reichsregierung selbst zu, nicht aber den diese Gesetze ausführenden Organen. Diese haben vielmehr diese Gesetze so lange anzuwenden, als sie in Geltung sind, und dürfen sich mit ihnen auch dann nicht in Widerspruch setzen, wenn sie vielleicht nationalsozialistischen Anschauungen nicht voll zu entsprechen scheinen.“ Widersprechen sie ihnen also unzweifelhaft, so ist eine Nichtanwendung geboten.

Die vornationalsozialistischen Gesetze haben somit grundsätzlich dieselbe Vorrangskraft wie die nationalsozialistischen Gesetze; widersprechen sie aber unzweifelhaft und offensichtlich der nationalsozialistischen Weltanschauung, so sind sie, auch ohne ausdrückliche Aufhebung, nicht mehr als geltende Gesetze anzusehen, und von einem „Vorrang“ kann überhaupt nicht mehr die Rede sein.

II. Der Allgemeinvorbehalt des Führerwillens.

Der Allgemeinvorbehalt umfaßt die Gebiete, die grundsätzlich dem Führer zur Regelung überlassen werden müssen.

Durch den Allgemeinvorbehalt des Gesetzes im liberalen Staatsrecht wurde das Vorbehaltsgut der Legislative bestimmt und zunächst eine Kompetenzabgrenzung gegenüber den Befugnissen der Verwaltung geschaffen in dem Sinne, daß auch diese ihr von der Legislative unantastbares Vorbehaltsgut behielt. Im Laufe der Entwicklung hatte dann die Legislative fast alle Tätigkeit im Staate insofern an sich gerissen, als eben fast alles durch Gesetz geregelt werden konnte, und zum Vorbehalt des Gesetzes gehörte fortan nur, was durch Gesetz geregelt werden mußte.

Da in der Person des Führers die rechtsetzende und die verwaltende Staatstätigkeit vereinigt ist, hat die Bestimmung seines Vorbehaltsgutes nichts mehr mit einer Kompetenzabgrenzung zu tun. Es ist vielmehr so, daß der Führer zwar die gesamte Gestaltung des Staates und der Volksgemeinschaft in seine Hand nehmen kann, zum Vorbehalt des Führerwillens aber nur das gehört, was durch den Führer gestaltet werden muß.

1. Der Rechtssatzbegriff.

Zum Vorbehalt des Führerwillens gehört die Gestaltung der Rechtsordnung. Wir hatten festgestellt, daß auch heute noch eine Rechtsgestaltung und Rechtschaffung notwendig ist und daß diese Rechtsetzung[181]) allein durch den Führer erfolgen kann.

Es erhebt sich nun die Frage: was ist im nationalsozialistischen Staat Rechtsetzung, oder einfacher: was ist ein Rechtssatz?

a) Der Rechtssatzbegriff des liberalen Staatsrechts war durch die politische Konstellation bestimmt. Durch ihn sollte gerade die Anordnung

(vgl. Thoma, HdbStR. Bd. II S. 235 und die daselbst unter Anm. 37 angegebene Entsch. d. RFinHofes).

180) RdErl. d. Preuß. M. d. I. vom 29. 1. 1934 MBliV. S. 159.

181) Der Begriff Rechtsetzung soll die Rechtsgestaltung und die Rechtschaffung umfassen.

des Staates umfaßt werden, die von der Legislative, mithin also unter Mitwirkung der Volksvertretung erlassen werden mußte. Daher wurde als Rechtssatz aufgefaßt die allgemeine Anordnung des Staates, die im allgemeinen Gewaltverhältnis in Freiheit und Eigentum des Bürgers eingriff.

Der Schutz der Freiheitssphäre des einzelnen, der in der Begriffsbestimmung mit Absicht seinen Ausdruck gefunden hatte, kann für den nationalsozialistischen Staat, in dem es nicht einen Schutz des einzelnen vor dem Staat gibt, sondern nur die Gebundenheit des einzelnen in der Gemeinschaft, nicht mehr Ausgangspunkt für die Bestimmung des Rechtssatzbegriffes sein.

Im nationalsozialistischen Verfassungsrecht ist der Rechtssatz eine allgemeine Anordnung des Staates, die die Rechtsstellung der Volksgenossen im allgemeinen Gemeinschaftsverhältnis gestaltet.

Dieser Rechtssatzbegriff wird gewonnen aus der Bestimmung des Vorbehalts des Führerwillens. So wie sich im liberalen Staatsrecht der Begriff des materiellen Gesetzes aus der Vorbehaltsbestimmung in den Verfassungen entwickelte, um dann umgekehrt selbst wieder den Vorbehalt zu bestimmen, so ist der nationalsozialistische Rechtssatzbegriff ebenfalls von dem Vorbehalt des Führerwillens aus zu erfassen und daher muß aus diesem Begriff ausgeschaltet werden, was nicht zu diesem Vorbehalt gehört.

Der nationalsozialistische Rechtssatzbegriff ist kein logischer, sondern ein politischer Begriff, ähnlich wie Thoma den liberalen als „historisch-konventionell" bezeichnet hat.

aa) In der Lebensordnung der Gemeinschaft hat jedes Glied dieser Gemeinschaft eine Stellung, die als Rechtsstellung zu bezeichnen ist[182]). Die Rechtsetzung, die die mit der Gemeinschaft gegebene Rechtsordnung gestaltet oder eine neue Ordnung schafft, hat die Abgrenzung dieser gliedhaften Stellung des einzelnen Volksgenossen zum Gegenstand; sie hat die Verpflichtungen und Berechtigungen des einzelnen zu bestimmen.

Voraussetzung für diese Ansicht ist allerdings, daß überhaupt eine Rechtsstellung des einzelnen als solchen, daß eine Persönlichkeitssphäre des einzelnen Volksgenossen anerkannt wird. Dieser Anerkennung aber huldigen wir auch im Gemeinschaftsstaat, denn „alles Gemeinschaftsleben geht durch die Persönlichkeiten und wird von ihnen erlebt; und deshalb liegt es gerade im Sinne der Gemeinschaftsregelung, daß in ihrem Rahmen die Persönlichkeitssphäre des einzelnen erhalten und geschützt wird" [183]).

---

182) Huber, Rechtsstellung S. 446; Verf. S. 217 ff.; Larenz, Dt. Rechtswissenschaft 1 S. 31 ff.; Siebert, Dt. Rechtswiss. Bd. 1 S. 23 ff.; Scheuner bei Frank S. 90.

183) Koellreutter, Der nat.soz. Rechtsstaat, S. 11; vgl. auch Reuß, JW. 1935 S. 2026: „Der Nationalsozialismus will keinen Staat der Marionetten, sondern der Persönlichkeiten"; die Bindung an das Volkstum und das Verantwortungsbewußtsein setze die Zubilligung eines persönlichen Lebensspielraums voraus.

Der persönliche Lebensspielraum des Volksgenossen muß immer im Einklang stehen mit der Erhaltung und Förderung der Gemeinschaft. Er darf nicht Spielraum eines Individuums sein, sondern soll von jedem genutzt werden zum freien selbstverantwortlichen Einsatz für die ganze Gemeinschaft [184]. Daher sind die Verpflichtungen und Berechtigungen, die sich aus der Stellung des Volksgenossen in der Rechtsordnung ergeben, nicht von isolierter Bedeutung, sondern können nur aus der Gesamtstellung in der Volksgemeinschaft begriffen werden. „Nicht der individualistische Personbegriff, sondern die Teilnahme des Genossen an der völkischen Gemeinschaft kommt im Begriff der Rechtsstellung zum Ausdruck. Wesentlich ist der gliedhaften Rechtsstellung stets, daß sie keine bloße Rechtsbeziehung unter einzelnen ist, sondern daß sie von der Gemeinschaft her Sinn und Richtung, Wesen und Bindung erhält“ [185].

Eine solche Rechtsstellung kann dem Volksgenossen nur vom Führer gegeben werden und wird durch das von diesem gesetzte Recht gestaltet und geschützt.

bb) Der Rechtssatz regelt auch heute nur das allgemeine Gewaltverhältnis; bei einer Anordnung, die im besonderen Gewaltverhältnis ergeht, sprechen wir nicht von Rechtssatz oder Rechtsverordnung, sondern von Verwaltungsverordnung.

Die Unterscheidung zwischen allgemeinem und besonderem Gewaltverhältnis ist kein liberalistischer Gedanke, wenn er auch zur Zeit des liberalen Staates seine besondere Ausprägung gefunden hat. Liberal war der Gedanke, jede Einwirkung der Verwaltung auf die persönliche Freiheit des einzelnen müsse im Gesetz fundiert sein. Im besonderen Gewaltverhältnis aber konnte der Gewalthaber ohne weitere gesetzliche Grundlage Anordnungen geben, denen der Gewaltunterworfene Gehorsam schuldete. Trotzdem wurde die Existenz solcher besonderen Gewaltverhältnisse, in die das Individuum versetzt wurde (z. B. Soldat, Strafgefangener) oder sich selbst versetzte (z. B. Beamter, Anstaltsnutzung), anerkannt, einmal, weil eine solche Bindung, wie der Staatsdienst, immer bestanden hatte, zum anderen aus technischen Gründen, um bei Einzelfragen des Beamten- und Anstaltsrechts nicht die Gesetzgebungsmaschine in Tätigkeit setzen zu müssen [186].

Es ist nicht zu leugnen, daß die Unterscheidung zwischen allgemeinem und besonderem Gewaltverhältnis heute noch besteht. Lediglich der Ausdruck „Gewaltverhältnis“ kann heute nicht mehr angewandt werden, da das Wort „Gewalt“ den früheren Gegensatz zwischen Individuum und Obrigkeit besonders kennzeichnet. Der Ausdruck „Pflichtenverhältnis“ [187] ist, was das allgemeine Pflichtenverhältnis angeht, nicht recht glücklich, da das Wort „Pflicht“ diesen Gegensatz ebenfalls enthalten könnte. Der Volksgenosse steht vielmehr zur Volksgemeinschaft in einem allgemeinen Gemein-

---

184) Huber, Rechtsstellung S. 441.

185) Huber, Rechtsstellung; S. 446/7, Verf. S. 218; vgl. dazu Scheuner bei Frank S. 89.

186) Freudenberger, RuPrVerwBl. 1933 S. 945; Ule, RuPrVerwBl. 1934 S. 649.

187) So Freudenberger, Annalen 1931 S. 172; Ule a.a.O. S. 649.

schaftsverhältnis, demgegenüber wird das besondere Gewaltverhältnis heute am besten als besonderes Pflichtenverhältnis bezeichnet; wenn auch z. B. innerhalb der Wehrmacht von einem besonderen Gemeinschaftsverhältnis gesprochen werden könnte, so stellen doch weder die Angehörigen der Verwaltung noch die Gefangenen einer Strafanstalt eine Gemeinschaft dar; zudem herrscht in diesen besonderen Pflichtenverhältnissen weiterhin das Prinzip der Über- und Unterordnung, sodaß der Begriff „Pflicht" seinen berechtigten Ausdruck findet. Die Pflichtenverhältnisse heißen besondere, da es auch im allgemeinen Gemeinschaftsverhältnis allgemeine Pflichten gibt und entsprechende Verhältnisse als allgemeine Pflichtenverhältnisse bezeichnet werden könnten.

Einen Ausschnitt aus dem allgemeinen Gemeinschaftsverhältnis stellen die engeren Teilgemeinschaften dar, die wie die Gemeinde und der Berufsstand auch besondere Gemeinschaftsverhältnisse genannt werden könnten. Eine solche Bezeichnung aber ist wegen der Verwechslungsmöglichkeit mit den besonderen Pflichtenverhältnissen zu vermeiden [188]).

Die im besonderen Pflichtenverhältnis ergehende Anordnung heißt Verwaltungsverordnung. Aus den neuesten Gesetzen, die in der Delegation zum Erlaß von Vorschriften zur Ausführung und Ergänzung immer wieder von Rechts- und Verwaltungsvorschriften bzw. -verordnungen sprechen, ersehen wir die Beibehaltung der Unterscheidung zwischen Rechts- und Verwaltungsverordnung. Diese Unterscheidung ist also in Anbetracht der Staatspraxis nicht zu leugnen, trotz allen Bedauerns, daß „das häßliche Wortpaar" der Rechts- und Verwaltungsverordnung von unserer Rechtsordnung geduldet werde [189]), trotz der Behauptung, die Unterscheidung sei theoretisch nicht zu rechtfertigen (Scheuner) [190]), oder habe offenbar ihren Sinn verloren (Köttgen) [191]). Wenn Scheuner fortfährt, der Gegensatz sei doch „praktisch erheblich" wegen „der nur internen Wirkungen der Verwaltungsverordnungen", so ist nicht einzusehen, warum zwischen Theorie und Praxis ein so bedeutsamer Unterschied gemacht wird. Wenn die erhebliche Bedeutung der Verwaltungsverordnung weiterhin in ihrer internen Wirkung besteht, dann ist eben eine Unterscheidung von der Rechtsverordnung, deren Wirkung nicht intern, sondern nach außen für die Volksgemeinschaft im allgemeinen Gemeinschaftsverhältnis von Bedeutung ist, auch theoretisch möglich und notwendig. Wenn ferner Köttgen ausführt, beide, Rechts- und Verwaltungsverordnungen, seien inhaltlich gesehen einander völlig gleichwertig, indem beide eine bestimmte Ordnung begründeten, so muß betont werden, daß sie so gesehen immer gleichwertig waren, auch im liberalen Staatsrecht. Gerade die Tatsache, daß die Verwaltungsverordnung „Interna der Verwaltung regelt, während die Rechtsverordnung auch außerhalb der Verwaltung stehende Personen trifft" [192]), begründete und begründet heute einen grundlegenden Unter-

188) Auf die engeren Teilgemeinschaften wird noch näher eingegangen werden.
189) Heckel, Lage und Studium S. 16.
190) Scheuner, Ges. und EAO. S. 28.
191) Köttgen, D. Verwaltung S. 35.
192) Köttgen, D. Verw. S. 35

schied, und gerade die „der Rechtsverordnung eigene Verbindlichkeit", die der Verwaltungsverordnung fehlt, gibt der Unterscheidung weiterhin ihren Sinn[193]).

Es ist nicht einzusehen, warum Köttgen, der längere Ausführungen darüber macht[194]), daß Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen trotz ihrer inhaltlichen Gleichwertigkeit „nicht völlig gleichwertig seien", da sich die Verwaltung wegen der fehlenden besonderen Bindung jederzeit über die Verwaltungsverordnung hinwegsetzen könne, weiter unten[195]) hervorhebt, eine Beschränkung der Verwaltungsverordnung auf Verwaltungsinterna sei heute keine zwingende Notwendigkeit; Eingriffe im Rahmen des allgemeinen Gewaltverhältnisses könnten vielmehr unter Verzicht auf die Gesetzesform und daher in der Form der Verwaltungsverordnung ergehen. Man kann aber nicht von „Eingriffen" sprechen, wenn eine Bindung an die Verwaltungsverordnung nicht besteht. Und diese wird von Köttgen geleugnet, insbesondere, wenn er sagt, der Richter habe ausschließlich Gesetze und Rechtsverordnungen als Maßstab zu nehmen[196]).

Viel schärfer leugnet Staatssekretär Reinhardt in seiner Rede vom 13. April 1935 bei Einführung des Präsidenten des Reichsfinanzhofes[197]) den Unterschied zwischen Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung, indem er sagt, das Steuergericht sei nicht nur an die Rechtsverordnung, sondern auch an die Verwaltungsverordnung des Reichsministers gebunden. Auf die Bindung des Richters an Rechtsverordnungen wird noch eingegangen werden; hier sei nur gesagt, daß eine Bindung an Verwaltungsverordnungen doch nur in Frage kommen kann, wenn diese allgemeinverbindlich sind. Auf Grund welcher Vorschrift aber soll sich diese Eigenschaft der Verwaltungsverordnung ergeben, zumal sie nicht veröffentlicht zu werden braucht und daher demjenigen, für den sie verbindlich sein sollte, also anscheinend überhaupt nicht bekannt zu sein braucht[198]). Und wozu sollte dann heute noch zwischen Rechts- und Verwaltungsverordnung unterschieden werden? Es widerspricht keineswegs der nationalsozialistischen Weltanschauung, wenn man eine Bindung der Gerichte an Verwaltungsverordnungen ablehnt. Die betreffende Behörde selbst will,

193) Vgl. auch Höhn, D. Recht 1934 S. 433, der bei aller scharfen Stellungnahme gegenüber überkommenen Begriffen und Unterscheidungen den Begriff Verwaltungsverordnung im Gegensatz zum Gesetzesbegriff beibehält.

194) a.a.O. S. 35, 36.

195) a.a.O. S. 46. Etwas anders in der 2. Aufl. S. 49, 59, wenn auch an der grundsätzlichen Auffassung, der Unterschied zwischen Rechts- und Verwaltungsverordnung sei nur ein formeller, festgehalten wird.

196) a.a.O. S. 45.

197) Vgl. Reichssteuerblatt 1935 S. 641; ihm schließt sich Wacke, Steuerrecht und Rechtsneubau S. 136 ff. an. Dageg. Bühler, Bilanz und Steuer S. 17 ff.; Laforet S. 175. — Wacke, S. 141, geht sogar so weit, dem Reichsfinanzminister das Recht zuzusprechen, einen einzigen streitigen Steuerfall selbst zu entscheiden, da die Verwaltungsvorschriften sich auch auf den einzelnen Fall beziehen könnten. Hier wird die grundsätzliche Gefahr dieser These für die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit sichtbar.

198) Vgl. dazu Köttgen S. 47. M. E. handelt es sich hier aber nicht lediglich um eine Frage der Zweckmäßigkeit, sondern um eine Frage des Verfassungsrechts.

indem sie eine Verwaltungsverordnung erläßt, lediglich Interna der Verwaltung regeln und gerade nicht die Allgemeinheit und damit die Gerichte binden. Reinhardt verkennt das Problem, wenn er von der Frage der Nachprüfbarkeit der Verwaltungsverordnung durch den Richter spricht; der Richter braucht vielmehr die Verwaltungsverordnung seiner Entscheidung überhaupt nicht zugrunde zu legen[199]).

Der gleichen Ansicht scheint auch der Reichsfinanzhof zu sein, wenn er in dem Urteil vom 26. 8. 1936 (VI A 204/36) prüft, ob die Ausgaben für das häusliche Arbeitszimmer des Hochschullehrers als Werbungskosten bei der Steuerveranlagung gelten oder nicht. Da der Reichsfinanzminister in dem 4. Lohnsteuersammelerlaß vom 3. 12. 1935 (RStBl. 1935 S. 1477) die Finanzämter ausdrücklich angewiesen hatte, entgegen dem Urteil des Reichsfinanzhofs vom 28. 8. 1935, die Ausgaben für das Arbeitszimmer als Werbungskosten nicht anzuerkennen, so liegt in der Prüfung des Gerichts die Entscheidung, daß sich dieses an Verwaltungsverordnungen nicht für gebunden hält[200]).

Die Verwaltungsverordnung wird von dem Rechtssatzbegriff nicht erfaßt[201]), obgleich auch sie eine allgemeine Anordnung des Rechts ist

---

199) Völlig verfehlt ist auch das Urteil des Landgerichts Dresden vom 28. 3. 1935, das bei der Prüfung, ob das Bibelforscherverbot des Sächsischen Ministeriums des Innern vom 18. 4. 1933 rechtsgültig sei (Jur. Wo. 1935 S. 1949), auf die Verordnung des Reichsinnenministers vom 13. 9. 1934 Bezug nimmt und ausführt, die Reichsregierung könne auch durch Verwaltungsanordnungen und Maßnahmen jeder Art die Neuerungen des Verfassungsrechts (!) durchführen. Es bedürfe keiner Ausführung, daß eine Anweisung des Reichsministers des Innern (!) an die Landesregierungen eine Maßnahme dieser Art darstelle. Demnach könnte sogar der einzelne Minister durch eine interne Verwaltungsanweisung neues Verfassungsrecht setzen! Dag. ausdrücklich Stödter, ArchÖfftlR. 1936 S. 188 ff.

200) Aus einem anderen Fall ist ersichtlich, daß auch der Reichsfinanzminister der Rechtsverordnung eine viel weitergehende Bedeutung beilegt als der Verwaltungsverordnung; vgl. Reichssteuerblatt vom 21. 9. 1936 S. 918. Bühler, Bilanz und Steuer, hat dazu S. 19 ausgeführt: „Wenn ein Entgegenkommen in Beziehung auf eine bestimmte Steuerpflicht in einer Verwaltungsverordnung ermöglicht ist, erzeugt das auf alle Fälle kein Recht auf seine Gewährung, während dies der Fall ist oder wenigstens sein kann, wenn dieses Entgegenkommen in einer Rechtsverordnung angeordnet ist. Im Streitfall hatte es sich um eine Milderung gehandelt, die gegenüber Ausländern mit fingiertem Inlandswohnsitz gemäß § 81 RAO. nach Richtlinien des Reichsfinanzministers, die in einem Runderlaß vom 30. 12. 1931 enthalten waren, gewährt werden konnte. Der vom Reichsfinanzhof wegen der Bedeutung dieser Richtlinien zugezogene Reichsfinanzminister hat sich in der Entscheidung dahin geäußert, daß „die Form des Runderlasses (also nicht die Form einer Rechtsverordnung)" deshalb gewählt worden sei, weil die Entscheidung im einzelnen Fall der Verwaltung vorbehalten, nicht den Gerichten überlassen sein sollte. Der Reichsfinanzhof leugnet daher mit Recht, daß aus jenen Richtlinien ein Anspruch auf die Gewährung der Milderung habe entstehen können."

201) Laforet: „Die Verwaltungsvorschrift ist keine Rechtsregel". S. 175, vgl. unten S. 49. — Mit der hier vertretenen Ansicht ist § 1 des Gesetzes über die Einsicht in gerichtliche öffentliche Bücher und Register vom 30. 9. 1936 (RGBl. I. S. 853) allerdings nicht in Einklang zu bringen. Wenn hier der Reichsminister der Justiz ermächtigt wird, durch Verwaltungsanordnung die Einsicht in von den Gerichten geführten öffentlichen Büchern usw. allgemein oder im Einzelfall zu versagen oder zu beschränken, falls dies aus Gründen der öffentlichen Ordnung geboten ist, und dies auch gilt, soweit

und eine bestimmte Ordnung aufrichtet. Aber es ist nur das als Rechtssatz zu bezeichnen, was durch den Führer angeordnet werden muß, die Anordnung im besonderen Pflichtenverhältnis aber kann zwar durch den Führer erfolgen, sie muß es hingegen nicht.

cc) Aus demselben Grunde ist auch die Bezeichnung des Rechtssatzes als allgemeine Anordnung nicht logisch begründbar; denn auch die Verfügung ist eine Anordnung des Rechts und nicht etwa der Sitte. Das Erfordernis der Allgemeinheit des Rechtssatzes erklärt sich vielmehr ebenfalls aus der Gestaltung des Vorbehalts des Führerwillens.

Wir sind der Auffassung, daß nur der Führer die eigentliche Erkenntnis der gesamten Ordnung zur Erhaltung und Förderung der Gemeinschaft haben kann. Daher müssen alle Regeln, die diese Ordnung allgemein und grundsätzlich gestalten und daher mehr abstrakte Entscheidungen über die Rechtsstellung der Volksgenossen enthalten, vom Führer erlassen werden. Für den konkreten Einzelfall hingegen kann eine Anordnung auf Grund der „mit dem Leben der Gemeinschaft verbundenen Lebensordnung" allein getroffen werden, und zwar dann, wenn sich die Bestimmung eines Einzelfalles als notwendig erweist, ohne daß der Wille des Führers in dieser Beziehung zum Ausdruck gekommen ist. Unter welchen Voraussetzungen eine solche selbständige Verfügung, die nicht eine Ermächtigung durch den Führer zur Grundlage hat, erlassen werden kann, wird noch bei der Frage nach der sog. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erörtert werden. Hier sei nur zunächst gesagt, daß nach unserer Auffassung eine solche Verfügung möglich und dem Führerwillen nicht unbedingt vorbehalten ist.

dd) Damit gehören aber zum Allgemeinvorbehalt des Führerwillens nur die allgemeinen Anordnungen, die die Rechtsstellung der Volksgenossen im allgemeinen Gemeinschaftsverhältnis gestalten.

Es besteht nun keine Notwendigkeit, diese Anordnungen als Rechtssätze zu bezeichnen. Wir haben es getan, um einen bestimmten Begriff zu gewinnen, der in weiteren Untersuchungen verwandt werden kann. Insbesondere aber dient dieser Begriff dem Vergleich und der Gegenüberstellung mit dem Rechtssatzbegriff des liberalen Staatsrechts und zeigt daher eine der neuen Grundlagen des nationalsozialistischen Verfassungsrechts.

Ebenso ist es nicht notwendig, den von uns gefundenen Rechtssatz materielles Gesetz zu nennen. Es bestehen aber noch viele Bestimmungen, insbesondere in formellen Gesetzen, die irgendeine Anordnung ausdrücklich dem „Gesetz" vorbehalten und damit auch — was im Wege der Auslegung zu ermitteln ist — materielle Gesetze bezeichnen können.

---

nach gesetzlicher Vorschrift ein Recht auf Einsicht besteht, so ist eine dahingehende allgemeine Verwaltungsanordnung materiell in Wahrheit eine Rechtsverordnung, die ihre hinlängliche Ermächtigung in dem zitierten Gesetz findet, das zugleich durch die Verwendung der Bezeichnung „Verwaltungsanordnung" ausnahmsweise von dem Publikationserfordernis befreit.

Unter solchen materiellen Gesetzen sind aber auf Grund nationalsozialistischer Auslegung nur Rechtssätze in der angegebenen Bestimmung zu verstehen.

Ob also an dem Begriff des sog. materiellen Gesetzes festgehalten wird oder nicht, das ist lediglich eine Frage der Terminologie. Entscheidend ist die politische Begriffsbestimmung.

b) Der Rechtsetzung im allgemeinen Gemeinschaftsverhältnis steht die Rechtsetzung im Rechtsraum der Bewegung zur Seite.

Die Rechtssetzung, die die NSDAP. betrifft, unterscheidet sich in die vom Staat gesetzte Rechtsordnung, die die Einordnung der Partei in den Staat als der politischen Lebensform des ganzen Volkes vornimmt[202]), und in die die innere Ordnung der Partei regelnde Satzung. Diese Satzung der Partei ist Recht obersten Ranges. Innerhalb der Partei kann der Führer Anordnungen erlassen, die mit förmlichen Gesetzen im Widerspruch stehen können. Gesetze, die für das allgemeine Gemeinschaftsverhältnis erlassen sind, haben für den Rechtskreis der Bewegung keine Vorrangswirkung.

Diese Folgerung ergibt sich nicht, wie Heckel[203]) meint, aus dem Mangel der Staatsaufsicht und der Erwähnung des Führers als Inhabers der Satzungsgewalt; denn der Führer ist auch Inhaber der gesetzgebenden Gewalt im Staat und trotzdem verfassungsrechtlich an die einmal erlassenen Gesetze gebunden.

Diese Folgerung ergibt sich vielmehr nur aus der verfassungsrechtlichen Stellung der Partei. Die Bewegung ist Grundlage des nationalsozialistischen Staates, sie ist die Wurzel des Gemeinschaftslebens im Volke, und ihre Mitglieder sind Träger und Erhalter des nationalsozialistischen Geistes. Sie stehen zum Führer in einem besonderen Vertrauensverhältnis und sind seine nächsten Gefolgsleute; daher muß der Führer für sie Anordnungen treffen können, ohne an irgendwelche Schranken, die sich aus seiner Stellung als Staatsorgan ergeben, gebunden zu sein[204]). Das Recht der Partei steht daher gleichwertig neben dem Recht der Volksgemeinschaft, aber beide haben nur eine Rechtsquelle, den Führer, und dadurch wird vermieden, „daß die Zweiheit des Rechtsetzungsverfahrens zu einer Spaltung des Rechts entartet“[205]).

2. Rechtssatz und Gesetzesform.

Der Erlaß des Rechtssatzes ist dem Führerwillen vorbehalten, muß aber in eine erkennbare Form gekleidet werden. Welche Form vom Führer

202) z. B. das Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat vom 1. 12. 1933.

203) Heckel, Lage und Studium S. 21.

204) Vgl. dazu die Durchführungsverordnung zum Reichsbürgerges. vom 14. 11. 1935 (§ 6); das Gesetz zur Regelung d. öffentlichen Sammlungen vom 5. 11. 1934 (RGBl. I S. 1086), § 15; § 7 Abs. 4 und § 154 DBeamtenGes.; § 15 des Erstattungsgesetzes vom 18. 4. 1937. All diese „Vorbehalte“ haben nur deklaratorische Bedeutung.

205) Heckel a.a.O. S. 22; im Anschluß an ihn Stratenwerth S. 156.

für einen bestimmten Rechtssatz gewählt wird, ist gleichgültig, es sei denn, daß sich aus einem bestehenden Gesetz durch die Vorrangswirkung oder durch ausdrückliche Bestimmung, also durch einen Sondervorbehalt, etwas anderes ergibt.

a) Im liberalen Staatsrecht mußten Rechtssätze grundsätzlich in der Form des Gesetzes erlassen werden; der Rechtssatz als eine allgemeine Anordnung des Staates, die in Freiheit und Eigentum des Bürgers eingriff, sollte nur unter Mitwirkung der Volksvertretung zustandekommen.

b) Im nationalsozialistischen Verfassungsrecht kann von einem Vorbehalt des Gesetzes in diesem Sinne nicht mehr die Rede sein. Es gibt zwar noch einen Vorrang, nicht aber mehr einen Allgemeinvorbehalt des formellen Gesetzes.

Aber auch heute ist das Gesetz die höchste Form des Führerwillens, die Form obersten Ranges. Und da auch im nationalsozialistischen Verfassungsrecht der Rechtssatz in der angegebenen Begriffsbestimmung die wichtigste Anordnung des Führers ist, so ist zu sagen: Das Gesetz ist die dem Rechtssatz gemäße Form und auch umgekehrt ist der Rechtssatz der der Gesetzesform gemäße Inhalt. Der Rechtssatz muß also nicht in der Form des Gesetzes ergehen, aber er wird in der Regel in dieser Form erlassen.

Daraus erklärt sich auch die Begriffsbestimmung des Gesetzes einiger Autoren des nationalsozialistischen Staatsrechts. Scheuner [206]) sagt: Das Gesetz ist das „in besonderem Verfahren erlassene oberste Rechtsgebot des Führers", und Stratenwerth [207]) hält das Gesetz für „das im formgebundenen Verfahren zum Volksrecht obersten Ranges erklärte hoheitliche Rechtsgebot des Führers." Die Begriffsbestimmungen sollen für das formelle Gesetz gelten, sie bezeichnen aber gleichzeitig den diesem Akt des Führers gemäßen Inhalt, indem sie von „Rechtsgebot" sprechen, ohne daß allerdings von den Autoren näher erklärt wird, was sie unter Rechtsgebot verstehen [208]). Dagegen geben Fauser [209]) und Laforet [210]) für den Inhalt eine gründlichere Umschreibung; nach Fauser können Gesetze bestimmt werden „als die förmlichen Willensakte der politischen Führung, durch welche über völkische Gemeinschaftswerte in allgemeiner und grundsätzlicher Weise entschieden wird"; nach Laforet ist das Gesetz die Rechtsregel, die vom höchsten Gesetzgeber erlassen ist; „werden Rechtsregeln für die Volksgenossen erlassen und wird eine Staatseinrichtung grundsätzlich ins Leben gerufen, geändert, ausgestaltet oder aufgehoben, so liegt ein Gesetz vor" [211]). Der Name der Verlautbarung sei ohne rechtliche Bedeutung.

Indem die angeführten Autoren den formellen und materiellen Sinn des Gesetzes als Akt des Führers miteinander verbinden, scheinen sie den

206) Ges. und EAO. S. 26.
207) S. 137.
208) vgl. auch die oben S. 36 angegebene Definition von Heckel.
209) S. 140.
210) S. 168 ff.
211) Darin liegt die Bestimmung der „Rechtsregel"; anscheinend soll auch der Bereich der Staatsorganisation zum Bereich der Rechtsetzung gehören.

Unterschied zwischen Gesetz im formellen und Gesetz im materiellen Sinne für das heutige Verfassungsrecht nicht mehr anzuerkennen [212]). Da aber auch heute der Begriff Rechtsgebot oder Rechtssatz anerkannt werden muß, eben um den Allgemeinvorbehalt des Führers zu bestimmen, so ist auch die Unterscheidung der beiden Gesetzesbegriffe möglich und sinnvoll, wenn sie auch ihre ursprüngliche erhebliche Bedeutung verloren hat. Insbesondere ist nicht erklärlich, wie die angeführten Autoren das formelle Gesetz bestimmen wollen, das nicht ein „Rechtsgebot" enthält.

Es gibt auch heute noch Gesetze, die nicht einen Rechtssatz enthalten [213]). Sie werden am besten weiterhin rein formelle Gesetze genannt. Ferner werden auch heute Rechtssätze nicht nur in der Form des Gesetzes erlassen, sondern weiterhin auch in der Form der auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung ergehenden Rechtsverordnung, die noch näher erörtert werden wird.

3. Die selbständige Führerverordnung.

Wenn auch das Gesetz die dem Rechtssatz gemäße Form ist, so ist der Führer doch auch befugt, Rechtssätze in der Form der Verordnung zu erlassen, die nicht auf einem Gesetz beruht. Daher ist diese Verordnung selbständige Führerverordnung zu nennen [214]).

Eine solche Verordnung ist die Verordnung zur Durchführung des Vierjahresplanes vom 18. Oktober 1936 (RGBl. I. S. 887), die zwar lediglich eine Ermächtigung des Ministerpräsidenten Göring enthält, die zur Durchführung des Vierjahresplanes erforderlichen Maßnahmen zu treffen und Rechtsverordnungen und allgemeine Verwaltungsvorschriften zu erlassen, indirekt aber dadurch auf die Rechtsstellung der Volksgenossen einwirkt.

---

212) So leugnet Höhn ausdrücklich die Möglichkeit dieser Unterscheidung D. Recht 1934 S. 435 und Laforet S. 169 hält den Unterschied für gegenstandslos.

213) z. B. Individualgesetze, Etatgesetze, vgl. auch d. Ges. über d. Errichtung e. Deutschen Botschaft in China v. 16. 7. 35. (RGBl. II S. 471) u. d. Ges. üb. d. Errichtung e. D. Botschaft in Buenos-Aires, Rio de Janeiro und Santiago v. 4. 12. 35. (RGBl. II S. 847).

214) Vgl. Koellreutter, Verf. R. S. 58, Quellen S. 11. Gegen diesen Begriff Stratenwerth S. 152 Anm. 619, da er an die konstitutionelle Vorstellung, daß die volle Rechtssetzungsgewalt eigentlich beim Parlament liege, erinnere. Dagegen ist zu sagen, daß ja auch heute die Rechtsetzung in erster Linie durch das Gesetz geschieht und diese Verordnung des Führers durch das Wort „selbständig" nicht besser abgegrenzt werden kann gegen die Verordnungen, die auf Grund eines Gesetzes ergehen. M. E. ist von Stratenwerth dieser Begriff der selbständigen Führerverordnung überhaupt nicht erfaßt. Unter der Überschrift „Die Verordnung als Rechtsgebot des Führers" führt er u. a. an: das Organisationsverordnungsrecht, das militärische Verordnungsrecht auf Grund des § 37 des Wehrgesetzes vom 22. 5. 1935 und die nat.-soz. Führerverordnung im Rechtskreis der Bewegung. Diese Verordnungen weisen aber gar keine Besonderheiten gegenüber dem bisherigen Recht auf, mit Ausnahme der Parteiverordnung. Sie sind Verordnungen, die auf Grund gesetzlicher Ermächtigung oder innerhalb eines besonderen Pflichtenverhält-

Selbständige Führerverordnungen sind ferner der Erlaß über einen Generalbauinspektor für die Reichshauptstadt vom 30. 1. 1937 und der Erlaß des Führers und Reichskanzlers über das nationalsozialistische Fliegerkorps vom 17. 4. 1937. Es ist die Form des Erlasses gewählt, weil es sich hier grundsätzlich um organisatorische Anordnungen handelt. Diese Erlasse enthalten aber Rechtssätze. So bestimmt § 2 des Erlasses über den Generalbauinspektor, dieser sei befugt, „die zur Erreichung dieses Zweckes nötigen Maßnahmen und Anordnungen zu treffen" und unter VI. des Erlasses über das nat. soz. Fliegerkorps wird bestimmt: „Die Ausübung von Luftsport jeglicher Art hat nach den Richtlinien des Korpsführers des NSFK. zu erfolgen." Wegen dieser Anordnungen, die die Rechtsstellung der Volksgenossen im allgemeinen Gemeinschaftsverhältnis betreffen, sind die Erlasse verfassungsrechtlich Führer*verordnungen*. Es ist bemerkenswert, daß es sich in allen bisher erlassenen Führerverordnungen nicht um eine vollständige Ordnung der Materie handelt, sondern um organisatorische Maßnahmen und Ermächtigungen an vom Führer ins Leben gerufene Stellen.

Die von Heckel [215]) und Stratenwerth [216]) nationalsozialistische Führer-verordnung genannte Verordnung des Führers als Führer der Partei ist nicht eine selbständige Verordnung in diesem Sinne; sie wird für den Rechtskreis der Partei, nicht für die Rechtsstellung der Volksgenossen im allgemeinen Gemeinschaftsverhältnis erlassen.

Ob die von Koellreutter als Beispiel angeführte Verordnung über die Deutsche Arbeitsfront vom 24. Oktober 1934 unter den Begriff der selbständigen Führerverordnung fällt, ist zweifelhaft.

Zunächst ist hervorzuheben, daß sie nicht im Reichsgesetzblatt, sondern im Völkischen Beobachter [217]) veröffentlicht ist; aber es besteht kein Zweifel, daß der Führer befugt ist, auch allgemeinverbindliche Anordnungen an einer anderen Stelle als im Reichsgesetzblatt zu veröffentlichen, wenn sie nur sonstwie bekannt gemacht worden sind [218]).

Fraglich ist, ob es sich bei dieser Verordnung überhaupt um eine allgemeingültige handelt, oder ob sie nicht vielmehr nur innerhalb der Bewegung gilt. Die Verordnung selbst bezeichnet die Deutsche Arbeitsfront als Gliederung der NSDAP. (§ 3); das läßt den Schluß zu, daß sie nur als innerparteiliches Recht gelten will [219]). Demgegenüber enthält § 3 der Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat vom 29. März 1935 die Bestimmung, die Deutsche Arbeitsfront sei lediglich ein angeschlossener Verband der NSDAP. Wir müssen aber davon ausgehen, daß auch die *angeschlossenen Verbände zum Rechtskreis der Partei* gehören. Mithin stellt die angeführte Verordnung lediglich Parteirecht dar.

---

nisses ergehen bzw., was die Regelung im Bereiche der Organisationsgewalt angeht, sich für den Chef der Exekutive von selbst verstehen.

215) Lage und Studium S. 19.
216) S. 155.
217) Vgl. Völk. Beob. vom 26. 10. 1934 Nr. 299.
218) Krug, D.Justiz 1935 S. 14.
219) So Ule, RVerwBl. 1935 S. 233.

Es ist ersichtlich, daß der Führer die Form der Verordnung außerordentlich selten gewählt hat, vielmehr meist sämtliche Rechtssätze in der Form des Gesetzes erläßt.

In diesem Zusammenhang ist noch kurz einzugehen auf die Ansicht Heckels, dem Gesetz seien nur Angelegenheiten von ganz hervorragender Bedeutung für das Volksleben gemäß, nur sie verdienten es, auf den „Weg der Gesetzgebung" gewiesen zu werden [220]). Wenn diese Ansicht richtig ist, dann ist unverständlich, warum Anordnungen, wie z. B. das Gesetz über den Zollausschluß Flensburg vom 23. Juni 1933 (RGBl. I S. 393), das Gebührengesetz für das auswärtige Amt vom 8. März 1936 (RGBl. I. S. 137), das Gesetz über die Verwaltung der Beiträge zur Hauptvereinigung der deutschen Viehwirtschaft vom 9. Juni 1936 (RGBl. I. S. 483), das Gesetz über Umzugskostenvergütung der Beamten vom 3. Januar 1935 (RGBl. I. S. 566), das Gesetz zur Vereinfachung des Planverfahrens für Fernmeldelinien vom 24. September 1935 (RGBl. I. S. 1177), in Gesetzesform ergehen.

Die außerordentlich zahlreichen formellen Gesetze der nationalsozialistischen Zeit zeigen deutlich, daß diese weder ausschließlich Angelegenheiten von besonderer Bedeutung, noch lediglich eine allgemeine Regelung umfassen.

Lediglich als Ausblick für die Zukunft ist zu sagen, daß vielleicht einmal den verschiedenen Formen der Rechtsetzung ein entsprechender Inhalt gemäß wird. Es werden dann verfassungsrechtliche Gesetze, die die Grundordnung des Volkes gestalten, als Grundgesetze zu bezeichnen sein, die dann möglicherweise gegenüber einfachen Gesetzen einen höheren Rang einnehmen werden, während die als Staatsgrundgesetz bezeichnete Deutsche Gemeindeordnung gegenwärtig keinen besonderen Vorrang genießt [221]). Angelegenheiten von hervorragender Bedeutung werden durch Gesetze geregelt werden, weniger wichtige Angelegenheiten durch die Verordnung. Es sind auch andere Einteilungen möglich. So könnte etwa der Führer die Form der selbständigen Verordnung nur dann wählen, wenn er eine Ermächtigung auf Grund eines besonderen Vertrauensverhältnisses erteilen will. Eine solche Ermächtigung ist die Verordnung zur Durchführung des Vierjahresplanes. Ob aber eine solche Deutung schon geltendes Verfassungsrecht ist, läßt sich noch nicht feststellen.

---

220) Deutsche VerwBlätter 1935 S. 163.

221) Ein solcher Vorrang könnte sich dahin auswirken, daß ein Grundgesetz nur wieder durch ein Grundgesetz abgeändert oder aufgehoben werden könnte. Eine ähnliche Bedeutung legt Weidemann, bei Frank S. 228, auch heute schon der Deutschen Gemeindeordnung zu. Die Begriffsbestimmung eines „Grundgesetzes des nat.soz. Staates" müsse einen Sinn haben und seinen Ausdruck in einer erhöhten Beständigkeit dem Inhalte nach finden. Man müsse die Ansicht vertreten, daß es der Bedeutung und der Würde eines Grundgesetzes nicht entspreche, wenn es durch ein beliebiges Gesetz abgeändert werden könne, insbesondere müsse es ausgeschlossen sein, daß ein anderes Gesetz gewissermaßen nebenher und nicht ausdrücklich einzelne Bestimmungen oder gar Grundgedanken der Deutschen Gemeindeordnung abändere oder gar aufhebe. Eine solche Änderung müsse vom Gesetzgeber bewußt herbeigeführt werden, und zwar durch ein Gesetz, das ebenfalls als das bezeichnet werde, was es in der Tat dann sei; ein Grundgesetz des nat.soz. Staates.

4. Die Einschränkung des Allgemeinvorbehalts durch die delegierte Rechtsetzung.

Der Grundsatz, alle Rechtssätze sind vom Führer zu erlassen, ist eingeschränkt durch die Befugnis des Führers, Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtssätzen zu erteilen.

a) Die Rechtsverordnung.

Rechtsverordnungen sind Rechtssätze, die von der staatlichen Verwaltung erlassen werden. Es sind also allgemeine Anordnungen des Staates, die die Rechtsstellung der Volksgenossen im allgemeinen Gemeinschaftsverhältnis gestalten. Daher ist die Bezeichnung der Rechtsverordnung als Gemeinverordnung[222]) sehr treffend, zumal sie dann ebenso wie die Verwaltungsverordnung vom Adressaten her bestimmt wird[223]), indem die Gemeinverordnung eine allgemeinverbindliche, die Verwaltungsverordnung nur eine innerhalb der Verwaltung verbindliche Verordnung ist. Trotzdem soll die Gemeinverordnung hier weiterhin Rechtsverordnung genannt werden, da diese Terminologie von der Staatspraxis beibehalten ist.

Das Hauptmerkmal der Unterscheidung der nationalsozialistischen Rechtsverordnung von der des liberalen Staates ist, daß sie nicht von der Exekutive als Gegensatz zur Legislative ergeht, sondern — in der Regel — von einzelnen Unterführern[224]) oder Leitern der Verwaltungsbehörden, die, sofern es sich um ministerielle Verordnungen handelt, zugleich am Erlaß der Gesetze beteiligt sind. Gerade aus dieser Einheit der Staatsgewalt, aus der organisatorischen Vereinheitlichung von Rechtsetzung und Verwaltung in der obersten Führung, entsteht die Frage, ob die Rechtsverordnung wie im liberalen Staatsrecht einer gesetzlichen Grundlage bedarf, und die weitere Frage, ob die Unterscheidung zwischen Gesetz und Rechtsverordnung heute noch eine Bedeutung hat. Diese letzte Frage hat nichts damit zu tun, daß eine Unterscheidung tatsächlich gemacht wird, und wenn wir zu dem Schluß kommen sollten, daß sie heute ihren Sinn verloren habe[225]), so würde diese Feststellung uns nicht der Pflicht entheben, die tatsächlich weiterhin bestehende Rechtsverordnung begrifflich zu erfassen.

Wenn man sich die Verordnungen, die im Reichsgesetzblatt verkündet sind, ansieht, so ist festzustellen, daß jede Verordnung auf Grund eines Gesetzes ergeht. Es gibt — bis auf eine Ausnahme[226]) — keine Verordnung seit März 1933, die nicht ihre ermächtigende Grundlage angäbe. Eine andere Frage ist es, ob sie sie tatsächlich hat.

---

222) So Stratenwerth S. 147 im Anschluß an Holstein S. 368 und Heckel. Lage und St. S. 21 (gemeingültige VO.).

223) Stratenwerth S. 147.

224) Stratenwerth S. 132.

225) So Höhn, D. Recht 1934 S. 435.

226) VO. zur Ergänzung des Reichsbesoldungs-, Reichshaushalts- und Reichsbeamtenrechts vom 22. 4. 36. (RGBl. I S. 377). Bei dieser VO. handelt es sich übrigens streng genommen um eine Verwaltungsverordnung.

Eine solche Feststellung gibt zu der Deutung Anlaß, daß auch heute noch jede Rechtsverordnung einer Delegation bedarf. Eine Untersuchung der Gesetze zeigt, daß die meisten von ihnen eine solche Delegation enthalten, d. h. sie ermächtigen einen oder mehrere Reichsminister oder andere Behörden, Verordnungen zu erlassen. Allerdings, im Gegensatz zu den Delegationen der konstitutionellen und insbesondere der Weimarer Gesetze, sind die Befugnisse, die durch ein nationalsozialistisches Gesetz den obersten Verwaltungsbehören erteilt werden, außerordentlich weit gespannt. Wenn die Delegation zum Erlaß von Rechtssätzen im liberalen Staat wegen ihrer Gefährlichkeit für das rechtsstaatliche Prinzip bekämpft wurde, so ist die Auffassung für das nationalsozialistische Verfassungsrecht eine ganz andere. Die einzelnen Minister sollen die in ihr Bereich fallenden Gesetze meist nicht nur ausführen, sondern auch, wenn notwendig, ergänzen, ja sie werden oft durch ein Gesetz ermächtigt, ein bestimmtes Gebiet von sich aus zu regeln, wobei sogar manchmal eine Abweichung von gesetzlichen Vorschriften zugelassen wird.

Im einzelnen ist hier folgendes zu sagen:

a) Die meisten nationalsozialistischen Gesetze enthalten die Klausel, der zuständige Minister werde ermächtigt, zur Durchführung und Ergänzung des Gesetzes Rechtsverordnungen und allgemeine Verwaltungsvorschriften zu erlassen, oder es wird der Ermächtigung zum Erlaß von Vorschriften zur Durchführung des Gesetzes hinzugefügt, der Minister könne auch Vorschriften ergänzenden Inhalts treffen; oder die Klausel lautet so, daß Vorschriften ergänzenden Inhalts getroffen werden können, soweit es zur Erreichung des Zweckes des Gesetzes erforderlich ist. Diese Betonung des Zweckes des Gesetzes erscheint nicht erforderlich; denn eine Ergänzung eines bestimmten Gesetzes ist immer nur möglich zur Erreichung des Zweckes dieses Gesetzes. Andernfalls wäre sie nicht eine Ergänzung gerade dieses Gesetzes.

Diese Einschränkung, nämlich die Berücksichtigung des Gesetzeszweckes muß sogar gefordert werden für die sog. Rahmengesetze; das sind Gesetze, die Rechtsgedanken nur in ihren Grundsätzen fixieren, während ihre nähere Ausgestaltung den einzelnen Verordnungen überlassen bleibt. Zu diesen Gesetzen gehören u. a. die Nürnberger Gesetze vom 15. September 1935: Reichsflaggengesetz, Reichsbürgergesetz, Gesetz zum Schutze des Deutschen Blutes und der Deutschen Ehre. Auch das Reichserbhofgesetz, das zwar nähere Ausführungen einzelner Tatbestände im weiteren Umfange enthält, als die angeführten Nürnberger Gesetze, kann noch als Rahmengesetz bezeichnet werden.

b) Eine weitergehende Ermächtigung als die zum Erlaß von Ergänzungsvorschriften ist die Erteilung der Befugnis, zu einem Gesetz Vorschriften abweichenden Inhalts zu erlassen, d. h. also, solche vom zuständigen Minister erlassene Vorschriften können Bestimmungen des Gesetzes zuwiderlaufen [227]).

227) Vgl. § 61 d. Reichserbhofgesetzes vom 29. 9. 1933; § 64 d. Arbeitsordnungsgesetzes vom 20. 1. 1934; § 6 d. Ges. üb. d. Neuwahl von Schöffen, Geschworenen und Handelsrichtern vom 7. 4. 1933 (RGBl. I S. 188).

c) Gesetze, deren Inhalt in der Hauptsache darin besteht, einem oder mehreren Reichsministern eine Ermächtigung zur Regelung eines ganzen Gebietes zu erteilen, können auch heute als Ermächtigungsgesetze[228]) bezeichnet werden.

Eine so weitgehende Ermächtigung eines einzelnen Ministers wäre in der liberalen Zeit nicht möglich gewesen; wir verweisen darauf, daß die Ermächtigungsgesetze, die eine Delegation allgemeiner Art enthielten, nur durch verfassungsändernde Mehrheit zustandekommen konnten. Die Zulässigkeit dieser Gesetze im heutigen Verfassungsrecht ist nicht in Zweifel zu ziehen. Es ist ein Unterschied, ob ein einzelner Minister, der an sich schon zu der gesetzgebenden Regierung gehört, zum Gesetzgeber wird in Angelegenheiten, die zu seinem Ressort gehören und deren Regelung auch, wenn sie als Gesetz durch die Regierung beschlossen würde, von ihm ihren Ausgang nähme, oder ob einer Regierung des bürgerlichen Rechtsstaates eine so weitgehende Ermächtigung erteilt wird. Im übrigen entspricht es der Omnipotenz des gesetzgebenden Führers, solche Ermächtigungen zu erteilen.

Solche Ermächtigungsgesetze sind z. B. das Gesetz zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich vom 16. Februar 1934, das in Art. 5 den Reichsminister der Justiz ermächtigt, alle Bestimmungen zu treffen, die durch den Übergang der Justizhoheit auf das Reich erforderlich werden; das Gesetz zur Vorbereitung des organischen Aufbaues der Wirtschaft vom 27. Februar 1934 (RGBl. I S. 185), das den Reichswirtschaftsminister ermächtigt, Wirtschaftsverbände zu errichten oder aufzulösen usw.; das Gesetz zur Ordnung der Getreidewirtschaft vom 27. Juni 1934 (RGBl. I S. 527), das den Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft eine ganze Reihe von Ermächtigungen erteilt; das Gesetz über den Verkehr mit industriellen Rohstoffen und Halbfabrikaten vom 22. März 1934 (RGBl. I S. 212), das den Reichswirtschaftsminister zur Überwachung und Regelung dieses betreffenden Verkehrs ermächtigt.

Sämtliche dieser als Beispiele aufgezählten Gesetze enthalten noch einen besonderen Paragraphen, der den zuständigen Minister zum Erlaß der zur Durchführung der Gesetze erforderlichen Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften ermächtigt, und zwar auch zum Erlaß ergänzender Vorschriften. Diese besonderen Ermächtigungen sind wohl überflüssig, wenn man die Ermächtigung, die das Gesetz überhaupt enthält, so auffaßt, daß zu den Befugnissen nicht nur Einzelakte, sondern auch allgemeine Anordnungen gehören, was bei dem Gesetz über den Verkehr mit industriellen Rohstoffen . . . usw. ja schon in dem Wort „Regelung“ zum Ausdruck kommt. Das weitgehendste Ermächtigungsgesetz für den Reichswirtschaftsminister, das Gesetz über wirtschaftliche Maßnahmen vom 3. Juli 1934 (RGBl. I S. 565) enthält denn auch keine besondere Ermächtigung zum Erlaß von Durchführungsverordnungen, da eine solche schon darin enthalten ist, daß er durch § 1 des betreffenden Gesetzes ermächtigt wird, alle Maßnahmen, die er zur Förderung der deutschen Wirtschaft

228) Das sog. Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 ist kein Ermächtigungsgesetz in diesem Sinne. Es stellt in der von der alten Verfassung geforderten Form eine gänzliche Umwandlung des Verfassungsrechts dar.

und Verhütung und Beseitigung wirtschaftlicher Schädigungen für notwendig hält, zu treffen.

Aber auch diese weitgehenden Ermächtigungen geben den Ministern nur dann das Recht, von bestehenden Gesetzen abzuweichen, wenn diese Abweichung ausdrücklich zugelassen ist. So enthält auch das Gesetz über wirtschaftliche Maßnahmen in § 1 Abs. 2 die ausdrückliche Bestimmung: Die auf Grund des Abs. 1 getroffenen Maßnahmen können von bestehenden Gesetzen abweichen. Auf Grund dieser Bestimmung haben die Verordnung zur Änderung des Gesetzes über den Verkehr mit industriellen Rohstoffen und Halbfabrikaten vom 13. Juli 1934 und die Verordnung über Änderung der Kartellverordnung vom 5. September 1934 Gültigkeit.

d) Neben diesen weitgehenden Ermächtigungen gibt es auch heute noch zahlreiche Gesetze, die dem zuständigen Minister lediglich die Befugnis erteilen, die zur Aus- bzw. Durchführung des Gesetzes notwendigen Rechtsverordnungen zu erlassen.

Solche Gesetze sind entweder diejenigen, die einen einfachen Gegenstand ganz regeln und ihrem Wesen gemäß Ergänzungen gar nicht zulassen, so etwa das Gesetz über Volksabstimmung vom 14. Juli 1933; oder es sind diejenigen, die sehr wohl Ermächtigungen zum Erlaß ergänzender Vorschriften enthalten könnten. Wenn sie es nicht tun, so beweist das, daß der ausführende Minister sich beim Erlaß seiner Verordnung streng an den Gedankengang des Gesetzes zu halten hat, seine Verordnung darf keine neuen Rechtsgedanken enthalten [229]).

Eine besondere Erscheinung ist das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches vom 30. 1. 1934. Hier bestimmt Art. 5: Der Reichsminister des Innern erläßt die zur Durchführung des Gesetzes erforderlichen Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften. Die Besonderheit dieses Gesetzes besteht darin, daß nicht etwa zu seiner Ergänzung, wovon in der Ermächtigung ja auch nicht die Rede ist, sondern zu seiner Verwirklichung eine Unmenge von Gegenständen geregelt werden müssen, um sie mit dem Gesetze in Einklang zu bringen. Die Durchführungsverordnungen können also gar nicht lediglich Regelungen für den Ausbau dieses einen Rechtsgedankens, nämlich des Übergangs der Hoheitsrechte der Länder auf das Reich, enthalten, sondern es handelt sich statt um den Ausbau eines Gedankens um die Verwirklichung des gesetzlichen Grundsatzes auf allen Rechtsgebieten. Die erste und zweite Verordnung über den Neuaufbau des Reiches vom 2. Februar 1934 und 27. November 1934, die die Ausübung der Hoheitsrechte auf Landesbehörden übertragen, die Verordnung über die Deutsche Staatsangehörig-

229) Beispiele: Ges. z. Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 14. 7. 1933 (RGBl. I S. 529); Ges. ü. d. Aufschließung von Wohnsiedlungsgebieten vom 22. 9. 33. (RGBl. I S. 659) § 14; Patentanwaltsgesetz vom 28. 9. 1933 (RGBl. I S. 629) § 15; die Deutsche Gem. Ordnung vom 30. 1. 1935; wenn hier § 121 Satz 2 bestimmt, daß der RIMin. Übergangsvorschriften erlassen könne, die vom Gesetz abweichen, so ist das zwar eine weitergehende Ermächtigung für die Übergangszeit, grundsätzlich aber besteht gem. Satz 1 nur eine Ermächtigung zum Erlaß von Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Durchführung d. Gesetzes.

keit vom 5. Februar 1934 enthalten vielleicht noch lediglich den Ausbau des Gesetzesgedankens, nicht aber mehr die beiden Verordnungen über die Vereinheitlichung der Verwaltung vom 19. Juli 1934 und 25. Oktober 1934 oder die Verordnung über die Übernahme des Pferderennwesens auf das Reich vom 25. Oktober 1934. Die Verordnung über das Verwaltungsstrafverfahren bei Steuerzuwiderhandlungen vom 5. Mai 1934 hat wohl nur einen ganz geringen Zusammenhang mit dem Gesetz.

e) Auch durch die selbständige Verordnung kann der Führer Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen erteilen. So ermächtigt die Verordnung zur Durchführung des Vierjahresplanes den Ministerpräsidenten Göring, Rechtsverordnungen und allgemeine Verwaltungsvorschriften zu erlassen.

Verfassungsrechtlich dürfen solche Rechtsverordnungen bestehenden Gesetzen nicht widersprechen, denn die Führerverordnung hat selbst nur minderen Rang gegenüber dem förmlichen Gesetz [230]).

f) Die Gesetze ermächtigen meist einen bestimmten Reichsminister allein oder im Einvernehmen mit einem anderen Reichsminister, sowie andere Verwaltungsbehörden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Ausnahmsweise wird auch die Reichsregierung selbst oder gar der Führer „ermächtigt", Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften zu erlassen [231]). In Wahrheit handelt es sich hier nicht um Ermächtigungen, sondern der Erlaß solcher Verordnungen wird der Reichsregierung oder dem Führer vorbehalten [232]).

Wichtiger ist die Feststellung, daß die ersten Durchführungsverordnungen zu den Nürnberger Gesetzen [233]) vom Führer und Reichskanzler erlassen sind, obgleich die Delegationsklauseln nur von der Ermächtigung eines oder mehrerer Minister sprechen, und zwar sind diese Führerverordnungen nicht etwa selbständige, sondern geben die gesetzliche Grundlage an. Die Möglichkeit einer solchen Regelung kann keinem Zweifel unterliegen. Der Führer, dem jede Allgewalt zuerkannt werden muß, ist befugt, an die Stelle des zuständigen Ministers zu treten und an seiner Statt die zulässige Verordnung zu erlassen.

g) Es ist somit festgestellt, daß trotz weitgehender Ermächtigungen jede Rechtsverordnung ihre gesetzliche Grundlage angibt.

---

230) Praktisch ist aber eine etwaige Ungültigkeit der Rechtsverordnung nicht von Bedeutung, da ihre Übereinstimmung mit den Gesetzen von den Gerichten nicht nachgeprüft werden kann; siehe unten S. 58 f.

231) Vgl. dazu § 106 d. Ges. z. Regelung d. landwirtsch. Schuldverhältnisse v. 1. 6. 33. (RGBl. I S. 331); § 8 d. Ges. z. Sicherung d. Einheit von Partei und Staat, sowie § 4 d. Ges. über d. Hitlerjugend vom 1. 12. 36. (RGBl. I S. 923).

232) Über solche Sondervorbehalte vgl. unten S. 71 ff. Siehe dazu auch § 6 des Erlasses über einen Generalbauinspektor für die Reichshauptstadt vom 30. 1. 37: „Den Erlaß besonderer Ausführungsvorschriften behalte ich mir vor."

233) Vgl. 1. VO. zum Reichsbürgergesetz v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I S. 1333) und 1. VO. z. Blutschutzgesetz v. 13. Nov. 1935 (RGBl. I S. 1334).

Die **Rechtsverordnung** ist demnach eine allgemeine Anordnung, die die Rechtsstellung der Volksgenossen im allgemeinen Gemeinschaftsverhältnis gestaltet und von einer Verwaltungsbehörde auf Grund einer vom Führer gegebenen formellen Ermächtigung erlassen wird[234]).

Sie ist gemäß dem Gesetz über die Verkündung von Rechtsverordnungen vom 13. Oktober 1923 (RGBl. I S. 959) zu verkünden.

Der Unterschied zwischen dem Gesetz, das nicht lediglich ein rein formelles ist, sondern einen Rechtssatz enthält, und der Rechtsverordnung besteht auch weiterhin in der Form und nicht im Inhalt[235]). Und aus der Feststellung, daß in der heutigen Staatspraxis die Rechtsverordnung der Unterführer der formellen Ermächtigung durch den Führerwillen bedarf, ergibt sich, daß eine Unterscheidung zwischen Gesetz im formellen Sinne und der Rechtsverordnung auch im nationalsozialistischen Recht von erheblicher Bedeutung ist. Das Gesetz ist ein Akt des Führers, die Rechtsverordnung ein Akt des Unterführers oder des Leiters einer Verwaltungsbehörde[236]).

Insbesondere aber ergibt sich aus dieser Staatspraxis, daß die Lehre vom Allgemeinvorbehalt des Führerwillens, die besagt, daß alle Rechtssätze grundsätzlich nur durch den Führer erlassen werden können, anerkannt ist, wenn auch dieser Allgemeinvorbehalt nicht bedeutet, möglichst **alle** Rechtssätze **nur** durch den Führer anordnen zu lassen, sondern dieser weitgehende Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtssätzen erteilt. Im Gegensatz zum Allgemeinvorbehalt des Gesetzes im liberalen Staat, der an einer möglichst weitgehenden Regelung durch das formelle Gesetz festhielt, bedeutet im nationalsozialistischen Staat der Allgemeinvorbehalt des Führerwillens nicht eine Normenfesselung, sondern lediglich die Notwendigkeit formeller Auftragserteilung durch den Führer. Es gibt kein selbständiges Verordnungsrecht der Unterführer.

h) Die Rechtsverordnung, die über den Rahmen der gesetzlichen oder sonstigen Ermächtigung des Führers hinausgeht, ist ungültig. Diese Ungültigkeit zeigt praktische Wirkungen lediglich bei den Verordnungen, die von Unterführern ergehen, die nicht Minister sind, da nur diese von den Gerichten auf ihre Gültigkeit geprüft werden dürfen und bei mangelnder Ermächtigung oder Widerspruch zu den Gesetzen nicht beachtet zu werden brauchen. Dagegen ist ein Prüfungsrecht der Gerichte dahingehend, ob die Verordnung des Führers oder eines Ministers nicht über den Rahmen der Ermächtigung hinausgeht bzw. gegen ein formelles Gesetz verstößt, nicht mehr anzuerkennen.

---

234) Die vom Führer selbst erlassenen Rechtsverordnungen bilden nur eine Ausnahme.

235) Daher nicht richtig Scheuner, ArchÖfftlR. N. F. 24 S. 307 und Stratenwerth S. 140 ff.; es ist schon bei der Ablehnung der Ansicht Heckels oben S. 52 darauf hingewiesen worden, daß keineswegs lediglich Anordnungen von grundlegender Bedeutuna dem Gesetz vorbehalten sind.

236) Während Höhn sagt: „Gesetz und Rechtsverordnungen sind vielmehr beide ein Akt der Führung". D. Recht 1934 S. 435. Wie hier Laforet S. 173.

Zunächst ist selbstverständlich, daß alle diejenigen Akte, die der Führer selbst vornimmt, dem richterlichen Prüfungsrecht nicht unterliegen; denn wenn auch mit der Anerkennung der Omnipotenz des Führers vereinbar ist, daß er sich durch das formelle Gesetz selbst eine Schranke setzt, die er kraft der völkischen Verfassung zu achten verpflichtet ist, so ist doch eine richterliche Kontrolle mit dieser Führeromnipotenz nicht vereinbar [237]).

Ebenso ist aber auch eine Prüfungsbefugnis der Gerichte gegenüber Rechtsverordnungen der Minister abzulehnen. Es handelt sich hier um Anordnungen einzelner Mitglieder der Führung, die in der persönlichen Bindung an den Willen des Führers eine ausreichende Kontrolle genießen. Dem Vertrauen, das der Führer durch die Ermächtigung dem einzelnen Minister entgegenbringt, kann nicht auf der anderen Seite das Mißtrauen der nachprüfenden Gerichte gegenüberstehen, außerdem würde es bei der „heutigen Bedeutung der Rechtsetzung durch Verordnung . . . zu einem Zustand großer Rechtsunsicherheit führen, wenn jedes ordentliche Gericht den zahlreichen Verordnungen der Minister mit der Begründung, die gesetzliche Ermächtigung sei überschritten, die Anwendung zu versagen befugt wäre“ [238]) [239]).

b) Die „Satzung“.

Im nationalsozialistischen Staat gibt es innerhalb der allgemeinen Volksgemeinschaft „engere Teilgemeinschaften volklicher Lebensbereiche“ [240]). Diese Teilgemeinschaften sind natürliche Gliederungen des Volkes, das Mitgliedschaftsverhältnis der Mitglieder zu der Teilgemeinschaft ist ein Ausschnitt aus dem allgemeinen Gemeinschaftsverhältnis. Diese Teilgemeinschaften sind als Körperschaften des öffentlichen Rechts zu bezeichnen, während nicht alle heute als Körperschaften des öffentlichen Rechts bezeichneten Verbände zu diesen engeren Gemeinschaften gehören. Der Begriff der Körperschaft als Form des personenrechtlich organisierten Verbandes sollte nur auf diese engeren Teilgemeinschaften angewandt werden [241]).

Diese Körperschaft ist die Gestalt einer konkreten völkischen Gemeinschaft [242]); zu diesen Körperschaften gehören die Gemeinden, die Berufsstände und die ihnen an- bzw. eingegliederten „Hilfsverbände“ [243]), also insbesondere auch die zahlreichen Wirtschaftsverbände, die zwar zunächst nicht als natürliche Gliederungen des Volkes erscheinen, da sie gebildet worden sind, um die Wirtschaft zum Nutzen der ganzen Volksgemeinschaft

---

237) Vgl. dazu auch Art. 106 Abs. 2 d. Preuß. Verf. v. 1850, der ein Prüfungsrecht der Gerichte gegenüber königlichen Verordnungen ausschloß, und das im konstitutionellen Staat!

238) Stratenwerth S. 150 ff. und vgl. die von ihm Anm. 610 angeführte Literatur. Anders anscheinend Laforet S. 186.

239) Die Prüfungsbefugnis der Gerichte gegenüber Rechtsverordnungen anderer oberster Verwaltungsbehörden ist wohl anzuerkennen.

240) Münch S. 25.

241) Münch S. 12, 17.

242) Münch S. 123.

243) Friesenhahn bei Frank S. 264.

beeinflussen und lenken zu können. Aber diese Aufgabe hat der Staat den Wirtschaftsverbänden zur eigenen Erledigung übertragen, und sie sind es, die die ihnen angehörenden Volksgenossen dazu erziehen, wirtschaftlich sich nicht von eigenen Interessen leiten zu lassen, sondern zu dem Wohle und allgemeinen Nutzen der Verbandsangehörigen zu handeln und damit der Volksgemeinschaft zu dienen. Daher sind die Wirtschaftsverbände zu natürlichen Gliederungen des Volkes geworden und stellen neben den eigentlichen Berufsständen und den Gemeinden konkrete Gemeinschaften dar[244]) und sind daher Körperschaften mit einer eigenen Lebensordnung und einem Gemeinwillen, der durch den Führer der Gemeinschaft in der Satzung oder sonstigen Anordnung zum Ausdruck gebracht wird.

Der Lebensbereich der konkreten Gemeinschaft ist ihr vom Staat zur eigenen Regelung überlassen, daher können die Satzung und die anderen von ihr erlassenen Regeln auch als delegierte Rechtsetzung bezeichnet werden.

Nur diese als echte Körperschaften bezeichneten konkreten Gemeinschaften sind Teilgemeinschaften der allgemeinen Volksgemeinschaft. Daher sind auch nur ihre Anordnungen als Rechtssätze, die die Rechtsstellung der Volksgenossen im allgemeinen Gemeinschaftsverhältnis gestalten, zu bezeichnen. Anordnungen anderer Verbände sind keine Rechtssätze, unabhängig davon, daß diese Verbände heute noch als Körperschaften des öffentlichen Rechts bezeichnet werden[245]). So sind die Anordnungen einer öffentlichen Genossenschaft nicht Rechtssätze, sondern sie ergehen in einem besonderen Pflichtenverhältnis. Gerade diese öffentlichen Genossenschaften, die meist errichtet werden, zur Durchführung eines gemeinschaftlichen, im Interesse aller Mitglieder liegenden Unternehmens, sind gerade nicht natürlich gewachsene Gliederungen des Volkes, sondern willkürlich geschaffene Verbände[246]). Daher würden sie im Gegensatz zur Gemeinde und zum Berufsstand besser nicht als Körperschaften, sondern als „Interessentschaften" bezeichnet werden[247]). Diese Interessentschaften haben nicht wie die Körperschaften eine Lebensordnung, einen eben mit dieser Ordnung gegebenen Gemeinwillen, sondern der Wille wird in der Mitgliederversammlung als Summe der Einzelwillen geformt; daher aber ist auch die „Satzung" der Genossenschaft nicht Rechtsetzung.

Anschaulich wird der Unterschied insbesondere auch daran, daß neuerdings gefordert wird, bei der Genossenschaft nicht wie bei der Gemeinde und dem Berufsstand, sowie den Wirtschaftsverbänden, von Selbstverwaltung, sondern von Eigenverwaltung zu sprechen[248]).

---

244) Vgl. Münch S. 68, 93.
245) z. B. der Werberat der Deutschen Wirtschaft.
246) Friesenhahn bei Frank S. 263 f.
247) Friesenhahn bei Frank S. 265, 280.
248) Friesenhahn a.a.O. S. 280, während Weidemann, bei Frank S. 190, den Ausdruck „Selbstverwaltung" nur für die gemeindliche Selbstverwaltung beibehalten will. Vgl. im übrigen hierzu die klaren Ausführungen von Münch, Wirtschaftliche Selbstverwaltung.

5. Der Allgemeinvorbehalt des Führerwillens und die sogen. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Um den Begriff der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für das heutige Verfassungsrecht zu klären, greifen wir in einem kurzen Überblick auf das frühere Recht zurück.

Es ist oben dargelegt worden, daß sich im liberalen Staat eine ältere und eine jüngere Auffassung von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gegenüberstanden. Nach der älteren Auffassung hatte die Verwaltung lediglich im Rahmen der Gesetze zu handeln; es war für den Chef der Exekutive und die seinen Anweisungen unterliegenden unteren Behörden möglich, Verfügungen zu erlassen, die ohne gesetzliche Grundlage ergingen, sofern eine gesetzliche Regelung nicht vorhanden war; es war nur unzulässig, daß die Verwaltung Akte contra legem erließ. Die jüngere Auffassung aber verlangte die strenge Gesetzmäßigkeit in dem Sinne, daß jeder Verwaltungsakt seine gesetzliche Grundlage haben mußte. Es war dies die Folgerung aus der Erweiterung des Allgemeinvorbehalts, daß nämlich jede Anordnung, die in Freiheit und Eigentum des Bürgers eingriff, dem Gesetze vorbehalten war und damit ein selbständiger Verwaltungsakt unzulässig wurde. Das bürgerlich-rechtsstaatliche Prinzip, das den Schutz des einzelnen vor der Staatsgewalt verwirklichte, forderte die enge Anlehnung der Verwaltung an das Gesetz.

a) Es sind gewichtige Stimmen laut geworden, die für das nationalsozialistische Verfassungsrecht die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ablehnen und stattdessen die sogen. Rechtmäßigkeit der Verwaltung fordern. Damit ist nicht gemeint, daß „die Verwaltung über alle Gesetzmäßigkeit hinaus rechtmäßig sein muß“ [249]), sondern neben die Gesetzmäßigkeit soll die Rechtmäßigkeit treten in dem Sinne, daß die Verwaltung eine Ermächtigung zum Handeln auch im „Recht“ findet; dieses Recht aber ist die Lebensordnung der Volksgemeinschaft. Die normative Bindung der Verwaltung, die dem normativen Denken des liberalen Staatsrechts entspräche, soll ersetzt werden durch die Bindung an die Ordnung, die dem „konkreten Ordnungsdenken“ [250]) unserer Zeit gemäß sei. Diese Ordnung werde nicht gebildet durch Gesetze, denn diese seien nur ein Mittel der Ordnung [251]), sondern durch die sogen. Rechtsgebilde oder Institutionen, die ihre Ordnung in sich trügen. Solche Rechtsgebilde seien z. B. Führer, Gefolgschaft, Richter, Polizei, Familie, Eigentum, Freiheit (!?). Sie könnten nicht durch Gesetze, also durch normative Regeln erfaßt werden, da sich diese konkreten Rechtstatsachen nicht abstrakt erfassen ließen, sondern sie seien etwas Geordnetes, die als „rechtliche Gesamtvorstellung imstande sind, für die Beurteilung von Lebenssachverhalten Maßstäbe abzugeben“ [252]). Es sei Aufgabe der Rechtswissenschaft, diese Rechtsgebilde aufzuzeigen, sie habe zu fragen, „aus welchen ideellen Vorstellun-

249) Vgl. Köttgen, D. Verw. S. 18.
250) C. Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens.
251) C. Schmitt a.a.O. S. 13.
252) Maunz, Neue Grundlagen S. 49; Vgl. auch Maunz bei Frank S. 62/63, und Verwaltung S. 39 ff.

gen und aus welchen sozialen Bedürfnissen diese Gebilde erwachsen sind, und welchen Sinn sie daher für uns haben"[253]). Damit liefere sie dem Richter und der Verwaltung Werkzeuge zur Findung des Rechts, indem diese aus den Rechtsgebilden Regeln ableiteten, um sie auf den Beurteilungsfall anzuwenden[254]).

Es ist sicherlich richtig, daß für die Rechtswissenschaft, vor allem aber für den Gesetzgeber das konkrete Ordnungsdenken die einzige Möglichkeit gibt, die Rechtsordnung, die Ordnung der Volksgemeinschaft, erfassen zu können. Ebenso ist es richtig, daß es Rechtsgebilde gibt, die eine bestimmte Ordnung in sich tragen. So wurde auch schon im liberalen Rechtsstaat von der Verwaltung mit Rechtsgebilden gearbeitet[255]); aber diese Heranziehung von Rechtsinstituten als Grundlage der Verwaltungsakte bildete eine Ausnahme, während heute diese Rechtsgebilde als Grundlage der Verwaltung schlechthin gelten sollen, und außerdem handelte es sich früher um vom Gesetz vorgesehene Gebilde, aus denen dann Rechtssätze abgeleitet wurden, während die neuen Rechtsgebilde als vom Gesetz unabhängige konkrete Tatsachen gesehen werden.

Wie sich nun die Ausrichtung der Verwaltung in diesen Rechtsgebilden praktisch vollziehen soll, ist von den Theoretikern kaum dargelegt worden[256]). Eine praktische Auswirkung dieser theoretischen Grundsätze ist

---

253) Maunz a.a.O.

254) Maunz a.a.O.; Hamel in DJZ. 1935 Sp. 332.

255) Die Verwaltungsrechtspflege schöpfte im Gegensatz zur Rechtsprechung der Zivilgerichte, ihre Erkenntnisse schon seit langer Zeit „aus der Klarstellung der mit den Rechtsgebilden selbst gegebenen Ordnung (Reuß in JW. 1935 S. 1953). Gerade durch die Lückenhaftigkeit der für die Verwaltung gegebenen Gesetze wurde diese gezwungen, aus einmal gegebenen Institutionen des wirklichen Lebens Rechtsregeln abzuleiten, um die von den Gesetzen nicht geregelten Einrichtungen rechtlich erfassen zu können. Die in dieser Hinsicht ergangene Rechtsprechung des Preuß. OVG. ist von Reuß a.a.O. in einer Anm. zu einem neuesten Urteil dargelegt worden. Es handelt sich um das Rechtsgebilde „Vorgarten", ein Ausdruck, der vom Pr. OVG. entwickelt und später vom Pr. Fluchtliniengeſ. erfaßt wurde, indem dieses in § 1 Abs. 4 ein Gelände zwischen Straßen- und Baufluchtlinie vorsieht, aber den Ausdruck „Vorgarten" nicht verwendet. Aus dem Institut „Vorgarten" hat das OVG. die „bereits mit dem Institut selbst gegebene" (OVG. 18 S. 379) rechtliche Folgerung gezogen, daß dieser Geländestreifen als Garten auszubauen und zu bepflanzen ist. Es ist der Sinn des Vorgartens, die Zuführung von Licht und Luft der Wohnungen zu fördern und die „Verunstaltungen der Straßen auszuschließen" (OVG. PrVerw. 15 S. 584). Daher besteht die Pflicht der Anlieger zu gärtnerischer Ausgestaltung, deren Überwachung zur Zuständigkeit der Baupolizei gehört. Wenn die Polizei also in einem solchen, den Vorgarten betr. Falle einschreitet, dann unterliegt sie nicht den Schranken des § 14 PVG., sondern „aus dem institutionellen Sinn des „Vorgartens" ergibt sich eine Erweiterung der polizeilichen Kompetenz über den bloß negativen Bereich der Gefahrenabwehr auf das Gebiet der Wohlfahrtspflege und Ästhetik" (Reuß a.a.O. S. 1954).

256) Die Beispiele, die Maunz in einem seiner Aufsätze (DVerw. 1935 S. 65) anführt, sind keineswegs Auswirkungen dieses Denkens in Rechtsgebilden, sondern sind neue Richtlinien für die Auslegung von Gesetzen und insbesondere der unbestimmten Gesetzesbegriffe, der Generalklauseln. Daß die Gesetze nach nat.soz. Grundsätzen auszulegen sind, ist nach allgemeiner Anschauung nicht nur ein Satz für das Steueranpassungsgesetz v. 16. 10. 1934, sondern ein allgemein geltender Grundsatz, insbesondere ist die Ausfüllung der Generalklauseln nach nat.soz. Grundsätzen etwas Selbstverständliches und kann

auch kaum vorstellbar. Es bestehen über die meisten Rechtsgebilde keineswegs einheitliche Begriffe, ja nicht einmal einheitliche Vorstellungen, und wenn sie bestehen, so nur deshalb, weil sie durch ein Gesetz ausgebildet und festgelegt sind. Daß die Gemeinde heute ein einheitliches Rechtsgebilde darstellt, verdanken wir in erster Linie der Deutschen Gemeindeordnung; das Rechtsgebilde „Gemeinde" wäre ohne diese gesetzliche Festlegung kaum einheitlich aufgefaßt worden, denn es gehört z. B. zur Gemeinde notwendigerweise die Selbstverwaltung, und über den Begriff der Selbstverwaltung herrscht keine einheitliche Auffassung; man betrachte nur die Verschiedenheiten der gemeindlichen und genossenschaftlichen Selbstverwaltung. Ferner sei kurz das Rechtsgebilde „Richter" betrachtet. Auf der einen Seite wird die Beseitigung der richterlichen Bindung an das Gesetz, wird das freie Richterkönigtum als die einzig mögliche der nationalsozialistischen Weltanschauung entsprechende Stellung des Richters angesehen [257]), auf der anderen Seite aber dasselbe freie Richterkönigtum als „eine typisch liberale" Vorstellung gegeißelt, die sich mit dem Primat der völkischen Führung nicht vereinbaren lasse [258]).

Insbesondere aber — und das ist für die Verwaltung im nationalsozialistischen Staate von größter Bedeutung — hat das Rechtsgebilde „Polizei" keine einheitliche Prägung in der deutschen Rechtswissenschaft erhalten. In mehreren Aufsätzen hat Hamel versucht, die Aufgaben der Polizei neu zu deuten, indem aus ihrem Wesen folge, „durch Anwendung von Macht die freie Betätigung des einzelnen in die Belange der Nation einzufügen" [259]). Der einzelne habe den vom Führer aufgezeigten Aufgaben zu dienen, „auch in den Handlungen, die seiner freien Selbstbestimmung überlassen" seien, und zu diesem Dienst könne er durch die Polizei

---

nicht dazu dienen, die Ablehnung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu begründen. Es handelt sich doch gerade um die Auslegung von G e s e t z e n. Auch das vielfach für das neue Rechtsdenken herangezogene Sächs. OVG.-Urteil v. 18. 1. 1935 (RVerwBl. 1935 S. 117 ff.) beruht letztlich nicht auf dem Denken in Rechtsgebilden, sondern auf der Auslegung von Gesetzen, indem einmal als Beteiligter für eine Anfechtungsklage nicht nur der in seinem Rechte Verletzte angesehen wird, sondern auch derjenige, der in seinem Lebenskreis unmittelbar berührt wird, und weiter die Einschränkung der materiellen Baufreiheit aus dem Gesetz selbst herausgelesen wird. Anderseits aber zieht das Urteil auch wieder die „Rechtsgebilde" heran und stellt nun daraus ableitend als obersten Satz des Baurechts auf, daß der Bau die Volksgemeinschaft nicht schädigen dürfe, ein Satz, der sich wohl auch ergeben hätte, wenn man das Gesetz nach nat.soz. Grundsätzen ausgelegt hätte. Im übrigen aber ist die materielle Entscheidung des Gerichtes, das mit diesem Rechtssatz arbeitet, doch recht eigentümlich, indem ausgeführt wird, daß solche Bauten nicht zugelassen werden können, die einzelne so erheblich schädigen, daß dadurch der Gemeinschaftsfrieden gestört werden würde. Schließlich liegt für denjenigen, der gerne bauen möchte, eine erhebliche Schädigung in der Verweigerung der Bauerlaubnis, und von ihm aus gesehen ist der Gemeinschaftsfriede genau so gestört, wie umgekehrt für den andern, wenn die Bauerlaubnis erteilt würde. Ob die Volksgemeinschaft mit einem solchen Nachbarstreit in derartigen Zusammenhang gebracht werden kann, ist doch wohl recht fraglich.

257) Vgl. die von Franzen S. 14 ff. angeführten Schriftsteller.

258) Vgl. Herschel in DJZ. 1933 Sp. 1010.

259) Hamel in DJZ. 1935 Sp. 332

gezwungen werden[260]). Damit aber ist Hamel der Ansicht, daß sich die Aufgaben der Polizei nicht mehr auf Gefahrenabwehr beschränken, sondern auch die Wohlfahrtspflege umfassen. Nicht mehr der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sondern der Schutz der Gemeinschaft, ja sogar die Sorge für die „Belange der Volksgemeinschaft"[261]) sei vornehmste Aufgabe der Polizei[262]). Die Folgerung dieser Ansicht aber wäre die Befugnis und Verpflichtung der Polizei, den Grundsatz, daß Gemeinnutz vor Eigennutz geht, in allen Fällen mit Zwang durchzusetzen, wie es in einem Aufsatz im Reichsverwaltungsblatt[263]) formuliert worden ist: „Aufgabe der Polizei ist es, den einzelnen notfalls durch Zwang in der Gemeinschaft zu erhalten".

Demgegenüber gibt es gewichtige Stimmen[264]), die auch heute noch die Aufgaben der Polizei auf die Gefahrenabwehr beschränken, da sonst die Polizei mit einer „märchenhaften Allzuständigkeit" begabt wird und alle die Aufgaben übernehmen soll, „die sich der nationalsozialistische Staat insgesamt gestellt hat"[265]). Der nationalsozialistische Staat ist kein Polizeistaat und die Gefahrenabwehr als einzige Aufgabe der Polizei kein liberalistisches Gedankengut. Es ist vielmehr so, daß lediglich der Begriff der Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach nationalsozialistischen Grundsätzen ausgelegt werden muß, denn dieser ist nicht absolut, sondern wandelt sich im Laufe der Zeit, sodaß das Verhalten des einzelnen nach den jeweils herrschenden Anschauungen über ein geordnetes Gemeinschaftsleben zu prüfen ist[266]). Dadurch aber können alle die Fälle erfaßt werden, die auf Grund der liberalistischen Auslegung nicht entsprechend dem Gerechtigkeitsempfinden des Volkes geregelt werden konnten[267]).

Um das Rechtsgebilde „Polizei" streiten sich also die Geister, und nun soll der Polizeibeamte aus diesem Rechtsgebilde Regeln für sein Handeln ableiten, es soll für ihn Richtschnur und Grundlage seines Handelns sein. Die Richtigkeit dieser Auffassung erscheint doch wohl recht zweifelhaft. Man werfe uns nicht vor, daß die Gegner der neuen Begriffe

260) wobei allerdings offen bleibt, wieso man noch von freier Selbstbestimmung bei Handlungen, die doch erzwungen werden können, reden kann.

261) Hamel, D. Recht 1935 S. 414.

262) Höhn, D. Recht 1936 S. 131.

263) „Die Unterbringung obdachloser Familien" von Schütte und Naß, RVerwBl. 1936 S. 65.

264) Köttgen, D.Verw. S. 141; Köhler S. 346; Pr. OVG. 95 S. 143 und RuPrVerwBl. 1934 S. 56.

265) Vgl. M. Knauth in „Jugend und Recht" 1936, Heft 3, S. 71. So aber Hamel bei Frank S. 384: „Im Grunde ist die Aufgabe der Polizei immer die Aufgabe des Staates überhaupt".

266) Vgl. Urt. d. Pr. OVG. RuPrVerwBl. 1934 S. 56.

267) So die Beispiele von Hamel in DJZ. 1935 Sp. 330 und Höhn D.Recht 1936 S. 131. Folgende beiden von Hamel aufgeführten Fälle könnten allerdings nur auf Grund der erweiterten Polizeibefugnis erfaßt werden. Polizeiverfügung an den Führer eines Betriebes, bei der Einstellung von Arbeitern Familienväter vor Ledigen zu berücksichtigen, wobei allerdings nur ein ganz bestimmter Fall, also die Einstellung des bestimmten Familienvaters vor einem bestimmten Ledigen betroffen werden könnte; oder Polizeiverf. an einen Vermieter, die Kündigung an den kinderreichen Mieter wegen geringer Mietrückstände zurückzuziehen. Ob aber heute die Polizei in solchen Fällen tatsächlich einschreiten würde?

schuld daran seien, wenn ein einheitliches Rechtsgebilde nicht in Erscheinung treten könne; der nationalsozialistische Umbruch hat auf allen Gebieten ein Ringen um neue Begriffe mit sich gebracht; und dieses Ringen ist notwendig zur Vermeidung von Einseitigkeiten. Regeln aus konkreten Rechtsgebilden ableiten und aufstellen aber ist Sache des Führers, der diese Regeln in Gesetze und Verordnungen faßt, und damit Richtlinien für die Verwaltung gibt, um ihr die ihr notwendige Ordnung, Einheitlichkeit und Rechtssicherheit zu geben. Das Fehlen der Bindung der Verwaltung an diesen formell geäußerten Führerwillen würde zur Folge haben, daß die Verwaltungseingriffe uneinheitlich wären und zur Willkür ausarten könnten[268]). Gerade die nachgewiesene Notwendigkeit der Rechtssicherheit, die erfordert, daß das deutsche Recht von einer Stelle aus gefaßt und erkennbar gemacht wird, verbietet es, die Verwaltung lediglich ihrer eigenen Überzeugung gemäß handeln zu lassen[269]).

Maunz, der Haupt-Vertreter der Anschauung von der sog. Rechtmäßigkeit der Verwaltung, hat in einer seiner neueren Schriften[270]) den Vorbehalt des Gesetzes für die Enteignung als geltendes Recht anerkannt. Er schreibt u. a.[271]): „Es wäre gemeinschaftsstörend, wenn jeder Behördenleiter in der Meinung, er sei ein Führer, von sich aus nach Gutdünken Eingriffe in die vermögensrechtliche Gliedstellung von Gemeinschaftsgliedern vornehmen und Maßnahmen unbekümmert um das Vermögen anderer durchführen könnte oder dürfte. Der Vorbehalt des Gesetzes bedeutet den Sieg des Führers über die Durchführer. Die Beschränkung der Vermögensentziehung auf die Fälle des förmlich kundgemachten Führerwillens gibt auch die notwendige Voraussehbarkeit für das Wirtschaftsleben, die nichts zu tun hat mit normativistischer Berechenbarkeit und mit unlauterem Durchschlüpfen durch die Lücken des Gesetzes; sie gewährleistet vielmehr jene normale Situation, deren die Wirtschaft bedarf, um ihre wichtigen völkischen Aufgaben erfüllen zu können“[272]). Warum soll in allen anderen Fällen der Führer nicht über die „Durchführer“ siegen? Warum sollen auf allen anderen Gebieten Anordnungen nicht „notwendig voraussehbar“ und eine normale Situation nicht gewährleistet sein?

b) Für das nationalsozialistische Verfassungsrecht ist an dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung festzuhalten, wenn auch einige Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen.

Der Ausdruck „Gesetzmäßigkeit“ ist allerdings nicht ganz zutreffend; es ist nicht notwendig, den Verwaltungsakt gerade auf ein „Gesetz“ zurückzuführen, sondern auf den Willen des Führers überhaupt. Da aber dieser Wille grundsätzlich in der Form des Gesetzes zum Ausdruck kommt, wird

268) Fauser S. 145.
269) Vgl. Scheuner, Ges. und Einzelanordn. S. 6; Grunau in JW. 1936 S. 1380; Felsch RVerwBl. 1935 S. 330.
270) Die Enteignung im Wandel der Staatsauffassung.
271) Maunz a.a.O. S. 18.
272) Die Kennzeichnung durch Sperrdruck ist von der Verfasserin.

an diesem nun einmal durch die Tradition geprägten Ausdruck festgehalten, insbesondere, um die Unterscheidung gegenüber der sog. Rechtmäßigkeit der Verwaltung zu kennzeichnen.

Aus dem Vorrang des Führerwillens und dem Vorrang des formellen Gesetzes ergibt sich, daß kein Verwaltungsakt gegen den Willen des Führers und gegen ein formelles Gesetz verstoßen darf; die Verwaltungsbehörden sind an das nationalsozialistische Gesetz sowie an das vornationalsozialistische Gesetz, sofern dieses nicht offensichtlich der nationalsozialistischen Weltanschauung widerspricht, gebunden. Insofern besteht also eine Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in eben dem Sinne, wie sie zu Anfang des konstitutionellen Staates bestand, und sie bedarf in diesem Zusammenhang keiner näheren Erörterung mehr.

Es bleibt aber die Frage bestehen, ob die Verwaltung für jeden einzelnen Fall der Ermächtigung durch den Führer bedarf und daher auch für das nationalsozialistische Verfassungsrecht eine strenge Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu fordern ist.

Es ist behauptet worden, sämtliche Verwaltungsbehörden seien befugt, auf den vom Gesetz nicht geregelten Gebieten selbständige Verwaltungsakte zu erlassen. So führt Koellreutter [273]) im Anschluß an Bühler [274]) aus, ein Verwaltungsakt sei rechtswidrig, wenn er gegen ein Gesetz verstoße, aber die Ausdehnung des Grundsatzes von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in dem Sinne, daß für jeden Verwaltungseingriff der Nachweis der gesetzlichen Ermächtigung erbracht werden müsse, sei für den nationalsozialistischen Staat nicht durchführbar.

Huber [275]) geht davon aus, der Grundsatz der Bindung des Verwaltungsbeamten an das erlassene Gesetz setze voraus, daß ein bestimmter Bereich des Gemeinschaftslebens gesetzlich geordnet sei. Nun seien aber weite Gebiete des völkischen Lebens nicht durch gesetzliche Regeln erfaßt und daher entstehe die Frage, ob innerhalb dieser Gebiete der Verwaltungsbeamte auch ohne gesetzliche Grundlage handeln dürfe. In solchen Fällen sei zunächst zu fragen, ob der Gesetzgeber eine Tätigkeit der Verwaltung in diesen Gebieten nicht wünsche, „sei es, weil er das Gebiet noch nicht für reif hält, durch staatliche Maßnahmen gestaltet zu werden, sei es, weil er unmittelbare staatliche Maßnahmen für ungeeignet hält, auf bestimmten Gebieten zu wirken"; dann verstoße ein Eingreifen der Verwaltung gegen den Führerwillen und sei damit rechtswidrig. In den Fällen aber, in denen ein solcher Wille des Führers nicht erkennbar sei — „etwa, wenn eine völlig neue und unvorhersehbare Sachlage eintritt, die schleuniges Handeln erfordert" —, könne die Verwaltungsbehörde auch ohne gesetzliche Grundlage tätig werden.

Die Richtigkeit dieser Auffassung erscheint in der Auswirkung, daß *jede* Verwaltungsbehörde befugt sein soll, den Willen des Führers

---

273) DJZ. 1934 Sp. 625; ebenso Lauer RuPrVBl. 1934 S. 706.
274) Siehe oben S. 20 ff.
275) Neue Grundbegriffe S. 40, der übrigens nicht mehr von Gesetzmäßigkeit, sondern auch von Rechtmäßigkeit d. Verw. spricht, aber ohne von der bloßen Bindung der Verw. an Rechtsgebilde zu sprechen. Vgl. auch Huber, Verf. S. 128 f.

daraufhin nachzuprüfen, ob er auch ohne besondere Ermächtigung eine verwaltungsmäßige Gestaltung eines Gebietes wünscht oder nicht, zweifelhaft. Einer unteren Verwaltungsbehörde kann eine so weitgehende Macht nicht zugestanden werden, da sie zu solcher Prüfung kaum imstande sein wird und die Gefahr besteht, daß die Entscheidung der einen Verwaltungsbehörde von der der anderen abweicht. Insbesondere ist die Kontrolle durch Verwaltungsgerichte, die wegen des Enumerationsprinzipes nicht einmal alle Verwaltungsakte nachprüfen können, kein ausreichendes Mittel, diese Gefahr zu beseitigen. Die Möglichkeit, einen Prozeß zu führen, ist kein hinreichender Schutz für die Rechtsstellung des Volksgenossen gegenüber einer vielleicht selbstherrlichen Verwaltung. Auch die Kontrolle der höheren Verwaltungsbehörde beseitigt nicht die durch diese Rechtsunsicherheit entstehende Gefahr, zumal eine Verwaltungsbeschwerde selten bis zum Minister gelangen wird.

Wenn auch die Grundordnung der Verwaltung mit der allgemeinen völkischen Lebensordnung gegeben ist, so gibt diese Grundordnung nur einen allgemeinen Rahmen, der unter „den differenzierten modernen Verhältnissen der Ausfüllung durch rationale Regeln bedarf". Da die Grundordnung nicht ohne weiteres erkennbar erscheint, sind um der Rechtssicherheit willen die Maßstäbe des Gesetzes für die Verwaltung nicht zu entbehren. Zum Schutze dieser Rechtssicherheit ist das Gesetz als ermächtigende Grundlage für das Handeln der Verwaltung notwendig und diese insofern nicht befugt, sich nach ihrer eigenen Überzeugung zu richten; das Gesetz erst ermöglicht eine geordnete Verwaltungsführung [276]) [277]).

Eine fehlende gesetzliche Ermächtigung kann nicht ersetzt werden durch die freiwillige Unterwerfung des Volksgenossen unter die Verwaltung. Gewiß besteht heute nicht mehr eine Freiheitssphäre des einzelnen, die vor der Allgewalt des Staates zu schützen ist, aber ein Schutz der Persönlichkeitssphäre des Volksgenossen ist insbesondere dann notwendig, wenn die unteren Staatsbehörden mit ihm in Berührung kommen. Es ist sehr wohl möglich, daß diese bei ihrer großen Machterringung diese Macht mißbrauchen, da Menschen nun einmal keine Götter sind [278]). Daher ist es

---

276) Vgl. zu diesem Absatz Köttgen RVerwBl. 1936 S. 457, insbesondere S. 460, mit dem ich nur darin nicht übereinstimme, daß das Gesetz im liberalen Rechtsstaat der Verwaltung als Schranke gegenübertritt, während doch ein großer Teil der Gesetze gerade die Erweiterung der Verwaltungsbefugnis bezweckte. In D.Verw. S. 36 f. erklärt Köttgen die Gesetzmäßigkeit der Verw. daraus, daß jeder Verwaltungsbeamte eines Amtsauftrags benötige, um tätig werden zu können; ein allgemeiner Verwaltungsauftrag, wie er für die konstit. Monarchie aus der Prärogative d. Monarchen entnommen werden könne, bestehe heute offenbar nicht mehr, sondern der Auftrag des Verw.beamten müsse von der Staatsführung erteilt sein. Es war aber m. E. gerade zu klären, ob ein Amtsauftrag für jeden Fall und zwar in einer best. Form erteilt werden muß. Vgl. dazu auch Köhler S. 49 f.

277) Für den Grundsatz der strengen Gesetzmäßigkeit spricht insbesondere auch § 2 d. Ges. üb. d. Rechtmäßigkeit von Verordnungen und Verwaltungsakten v. 3. 7. 1934 (RGBl. I S. 530), wonach die Landesminister eine bestimmte Art von Verw.Akten, die ohne gesetzliche Grundlage ergangen sind, mit rückwirkender Kraft für rechtmäßig erklären können. Vgl. auch § 5 d. Ges. üb. d. Einziehung kommunistischen Vermögens vom 26. 5. 1933.

278) Tatarin-Tarnheyden S. 20.

heute ebenso wie früher möglich, daß die Behörden einen „mehr oder minder sanften Druck ausüben oder auch nur darauf rechnen können, daß der betreffende Bürger ihr Wohlwollen nicht verscherzen will“ [279]), und dadurch einen Verzicht des Volksgenossen auf den Nachweis der gesetzlichen Ermächtigung für das Handeln der Verwaltung erreichen. Das aber würde ebenso wie früher den nationalsozialistischen Rechtsstaat in einen Staat der „bürokratischen Willkür“ verwandeln. Verwaltungsakte auf Unterwerfung sind also nicht generell, sondern nur in dem überkommenen Rahmen möglich [280]).

Wenn auch die Verwaltung zur liberalen Zeit nicht lediglich Vollziehung der Gesetze war, diese vielmehr der Verwaltung einen gewissen Ermessensspielraum gewährten und auch mit Hilfe der unbestimmten Rechtsbegriffe die Stellung der Verwaltung freier gestalteten, so ist doch die Ermächtigung, die das nationalsozialistische Gesetz der Verwaltung erteilt, noch weiter gespannt. Die unbestimmten Rechtsbegriffe, die Generalklauseln, werden heute in weit größerem Maße in den Gesetzen verwandt und damit der Verwaltung die Berechtigung eingeräumt, eine den Verhältnissen des Einzelfalles entsprechende Entscheidung zu treffen. Allerdings: von einem freien Ermessen der Verwaltung kann heute nicht mehr gesprochen werden; der Erlaß einer Anordnung kann im nationalsozialistischen Staat nicht mehr in das reine Belieben einer Verwaltungsbehörde gestellt werden, sondern jede Anordnung ist auszurichten an der Lebensordnung der Volksgemeinschaft. In diesem Sinne rechtfertigt es sich zu sagen, die Verwaltung habe nicht nur gesetzmäßig, sondern darüber hinaus rechtmäßig zu handeln [281]), wobei aber zu beachten ist, daß diese Rechtmäßigkeit nichts anderes ist als das, was vom Gesetz gewollt ist.

c) Von dieser strengen Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, von der Notwendigkeit der Ermächtigung für das Handeln der Verwaltung durch den Führerwillen besteht eine Ausnahme.

Zunächst ist selbstverständlich, daß der Führer selbst als Chef der Exekutive irgendeiner Ermächtigung nicht bedarf, insbesondere eine solche Ermächtigung gar nicht haben kann, da er sich diese selbst geben müßte. Der Führer ist also befugt, selbständige Verfügungen, d. h. solche Verfügungen, die ohne gesetzliche Grundlage auf den vom Gesetz nicht geregelten Gebieten ergehen, zu erlassen.

Sodann aber muß auch eine selbständige Verfügungsmacht der Minister und der anderen obersten Reichsbehörden anerkannt und insofern der oben dargelegten Ansicht von Huber zugestimmt werden.

---

279) Thoma, Rechtsgutachten, siehe oben S. 22 f.

280) A. A. anscheinend Weimar, JW. 1933 S. 1932, der den Grundsatz volenti non fit injuria für das Verwaltungsrecht für rechtens hält, soweit sich nicht durch Gesetz und gute Sitte Schranken ergäben. Vgl. dazu auch Schack bei Frank S. 329.

281) Vgl. Frick, Der Gemeindetag 1936 S. 718, dazu auch Schüle bei Frank S. 345.

Diese Befugnis der obersten Reichsbehörden ergibt sich aus dem ihnen vom Führer gegebenen allgemeinen Verwaltungsauftrag. Für eine solche selbständige Verfügungsbefugnis spricht folgendes: Auf den Gebieten, die für eine gesetzliche Regelung nicht reif sind, können Lagen eintreten, die eine staatliche Maßnahme notwendig machen. Daß in einem solchen Falle um der Rechtssicherheit und der Einheitlichkeit der Verwaltung willen eine untere Behörde nicht eingreifen darf, schließt nicht aus, daß eine Anordnung einer obersten Reichsbehörde ergeht. Diese sind die Spitzen der einzelnen Verwaltungszweige im Staat, sie sind es, die besondere Kenntnis für die notwendigen Regelungen innerhalb ihres Verwaltungsgebietes haben. Sie sind imstande zu prüfen, ob ein Gebiet absichtlich vom Gesetz nicht geregelt wurde oder ob eine Verfügung im Einzelfalle mit dem Willen des Führers vereinbar ist, zumal der Führer jederzeit eine Anordnung der obersten Reichsbehörde wieder außer Kraft setzen kann. Ergeht eine solche Verfügung einer obersten Reichsbehörde, so kann von einer Uneinheitlichkeit innerhalb dieses ihr unterstehenden Verwaltungszweiges nicht mehr die Rede sein, und sie kann inbezug auf die Entscheidungen der Behörden der anderen Verwaltungszweige vermieden werden, indem z. B. jede Anordnung eines Ministers in den anderen Ministerien erörtert wird. Eine solche Einzelverfügung ist zwar nicht voraussehbar und kann daher eine Gefahr bedeuten für die Rechtssicherheit eines einzelnen Volksgenossen, in einem solchen Falle aber, in dem ein schleuniges Handeln durch eine Einzelanordnung erforderlich ist, geht das Wohl der Allgemeinheit der Rechtssicherheit des einzelnen vor.

Vor allem aber ist die Rechtssicherheit dadurch gewahrt, daß die Einzelverfügung der obersten Reichsbehörde nicht gegen die Bestimmungen formeller Gesetze verstoßen darf. Der Vorrang des Gesetzes gilt auch hier und ist zu beachten. Es handelt sich eben nur um *selbständige* Einzelanordnungen, die nur auf den gesetzesfreien Gebieten ergehen können. Die Leitung der Verwaltung ist also frei von der strengen Bindung in dem Sinne, daß sie zu jedem Verwaltungsakt einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfe; sie handelt nur im Rahmen der Gesetze.

Hervorzuheben ist, daß die oberste Reichsbehörde diese Einzelanordnungsgewalt ausüben kann durch eine Verfügung an den Volksgenossen. Es muß aber auch genügen, daß sie einer unteren Behörde für einen Einzelfall eine bestimmte Anweisung gibt; diese handelt dann auf Grund der Ermächtigung dieser Anweisung, die sie in jedem Falle nachzuweisen hat [282]); nicht aber ist möglich, diese selbständige Verfügungsbefugnis als solche zu delegieren, denn damit würden die Sicherungen, die gegeben sind, weil es sich um Anordnungen der Führung und nicht der unteren Verwaltungsbehörden handelt, entfallen.

d) Als Ergebnis ist zu sagen: Der Allgemeinvorbehalt des Führerwillens ist dahin zu erweitern, daß *jede* Anordnung des Staates, die die Rechtsstellung des Volksgenossen im allgemeinen Gemeinschaftsverhältnis betrifft, auf den Führerwillen zurückzuführen sein muß, es sei denn, daß es sich um die Verfügung einer obersten Reichsbehörde handelt.

282) Vgl. dazu Knauth in DJZ. 1935 Sp. 222.

e) Es bedarf keiner Frage, daß Verwaltungsakte an sich auch heute noch einer verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung unterliegen. Man mag die sogenannten subjektiv-öffentlichen Rechte des einzelnen gegenüber dem Staat, zu deren Schutz im liberalen Staatsrecht die Verwaltungsgerichte in erster Linie beitrugen, bejahen oder verneinen, für die Beibehaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist das völlig ohne Belang; denn „die unmittelbare Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die Sicherung und der Schutz der nationalsozialistischen Volksordnung als solcher, insofern und soweit durch diesen Verwaltungsakt infolge der Beeinträchtigung einzelner zugleich die Volksordnung gestört ist. Nur in diesem Rahmen findet die Sicherung individueller Ansprüche statt. Es ist also nicht Rechtsschutz zu gewähren, weil die Interessen des einzelnen verletzt sind, sondern weil die Verletzung der Privatinteressen zur Störung der allgemeinen Volksordnung führt“ [283]).

Die Möglichkeit einer Verwaltungsgerichtsbarkeit, vor allem aber die Nachprüfung von Verwaltungsakten, wird von der Literatur durchweg bejaht, aber fast ohne Ausnahme von dieser Nachprüfung die sogen. politischen Staatsakte ausgenommen; diejenigen Entscheidungen, die auf politischem Gebiet liegen, sind der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung entzogen [284]). Es erhebt sich nun über die Schwierigkeit der Umgrenzung des Begriffes der politischen Staatsakte hinaus die Frage, wer zu der Entscheidung, ob ein Akt politisch ist oder nicht, berufen ist. Der Ausschluß der richterlichen Nachprüfungsbefugnis für politische Staatsakte bringt es mit sich, die Kompetenz der Gerichte auch für die Entscheidung, ob ein solcher Akt vorliegt, zu verneinen, „da gerade die Entscheidung darüber, ob eine Angelegenheit oder ein Sachgebiet unpolitisch ist, in spezifischer Weise eine politische Entscheidung darstellt“ [285]), die Gerichte aber gerade die politischen Entscheidungen nicht zu fällen haben. Es ist daher nur möglich, die Entscheidung darüber, ob ein politischer Akt vorliegt, den Verwaltungsbehörden zu überlassen, und zwar kann nicht der Behörde, die die Verfügung erlassen hat, anheimgegeben werden, darüber zu befinden, ob ihre eigene Verfügung aus politischen Gründen erfolgte; das würde allzu leicht zu dem der Behörde bequemen Weg des Ausschlusses der Verwaltungsgerichtsbarkeit führen. Es ist daher Knauth zuzustimmen, daß die zu-

---

283) Stuckardt, DVerw. 1935 S. 163; vgl. ferner Reuß, DVerwBl. 1936 S. 217 ff.; JW. 1935 S. 2025 ff. insbes. 2027; Scheuner ArchÖfftlR. N. F. 24 S. 343; RVerwBl. 1936 S. 437 ff.; Fabricius Z. d. A. f. D. R. 1935 S. 48; Knauth DJZ. 1934 Sp. 1119 ff.; Schack, RVerw. 1934 S. 594 ff.; Koellreutter, Allg. Staatsl. S. 253.

284) Vgl. dazu die VO. d. Danziger Senats v. 16. 7. 1936 — Verfügungen der Polizei politischer Art unterliegen nicht der gerichtlichen Nachprüfung. Vgl. ferner die neuesten Urteile des Hamburg.Verw.Ger. v. 7. 10. 1935 (139/35) und d. Pr. OVG. v. 19. 3. 1936, dem allerdings im Ergebnis nicht zugestimmt wird. Gerade weil es eine geheime Staatspolizei gibt, sind sämtliche Akte der ordentlichen Polizeibehörden nicht politisch und daher anfechtbar, auch wenn sie im Einzelfall an sich in den Aufgabenbereich der Gestapo gehören sollten. Etwas anderes ist es allerdings, wenn sie auf Anweisung der Gestapo gehandelt haben.

285) C. Schmitt, Staat, Bewegung, Volk S. 17.

ständige Zentralbehörde die Frage zu entscheiden habe[286]). „Man muß nämlich davon ausgehen, daß sicher ohnehin der Verwaltungsrechtsweg nur nach Maßgabe des Enumerationsprinzips offen stehen wird. Wenn also der Gesetzgeber einen bestimmten Typus von Verwaltungsakten der Anfechtbarkeit im Verwaltungsgerichtsverfahren unterwirft, so muß es eine streng zu handhabende Ausnahme bleiben, daß ein konkreter Verwaltungsakt, der diesem Typus unterfällt, gleichwohl unanfechtbar bleibt. Dann müssen gewichtige Gründe vorliegen, die der Zentralbehörde im Einzelfall zu unterbreiten und von dieser zu prüfen sind" [287]). Damit aber ist eine Entscheidung darüber, ob ein Verwaltungsakt politisch ist oder nicht, nur auf eine Unterbreitung, also praktisch auf eine Anfechtung hin möglich.

Es ist nun die Frage von Bedeutung, wie es in dieser Hinsicht mit den Verwaltungsakten der Minister steht, die bei Verstoß gegen ein Gesetz ungültig sind. Die Nachprüfungsmöglichkeit einer höheren Instanz besteht, jedenfalls was Verfügungen der Reichsminister angeht, nicht, da es unmöglich ist, den Führer mit diesen Fragen zu belasten. Eine nochmalige Entscheidung des Ministers dahingehend, ob er seine eigene Verfügung für politisch hält oder nicht, ist unzweckmäßig, da auch der Minister die Aufhebung seiner Verfügung als eine unrechtmäßige nicht dem Gericht anheimgeben und daher seine Verfügung immer als eine politische ansehen wird. Daher ist es angebracht, einen Verwaltungsakt des Ministers immer als einen politischen Akt anzusehen und der Nachprüfung der Verwaltungsgerichte — deren Ausschluß sich unter Umständen schon aus der Enumerationsmethode ergeben würde — und der ordentlichen Gerichte zu entziehen. Es ist Stuckart zuzustimmen, wenn er ausführt, daß aus dem Führerprinzip und der Führerverantwortlichkeit der Grundsatz folge, „daß die Entscheidungen der Staatsführung sowie staatspolitische Akte . . . der richterlichen Nachprüfung entzogen sind" [288]), wobei also die Entscheidungen der Staatsführung gerade neben die staatspolitischen Akte gesetzt sind; damit aber unterliegen die Entscheidungen der Staatsführung auch dann nicht der Nachprüfung, wenn sie objektiv gar nicht politisch sind, was bei den selbständigen Verfügungen wohl fast immer der Fall sein mag.

III. Die Sondervorbehalte.

1. Der Sondervorbehalt des Führerwillens.

In Gesetzen oder Verordnungen kann bestimmt sein, ein einzelnes Gebiet solle nur durch den Führer geregelt oder Anordnungen für den Einzelfall nur vom Führer erlassen werden. Die Regelungen sind mithin dem Führer besonders vorbehalten und wir können von einem Sondervor-

---

286) Vgl. Knauth, DJZ. 1934 Sp. 1123 Anm. 1; Reuß, JW. 1925 S. 2028; Scheuner, RVerwBl. 1936 S. 441.
287) Reuß a.a.O.
288) Stuckart a.a.O., ähnlich Scheuner, ArchÖfftlR. N. F. 24 S. 344.

behalt des Führerwillens sprechen. Nur der Führer kann dieses betreffende Gebiet regeln, auch wenn es vom Allgemeinvorbehalt des Führerwillens nicht erfaßt wird. Es ist gleichgültig, in welcher Form eine solche Regelung erfolgt. Allgemeine Anordnungen werden als Verordnung gefaßt werden, Anordnungen für den Einzelfall als Verfügung.

Beispiele für den Sondervorbehalt für Verordnungen sind § 8 des Gesetzes zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat, § 4 des Gesetzes über die Hitlerjugend vom 1. 12. 1936, § 6 des Erlasses über den Generalbauinspektor für die Reichshauptstadt vom 30. 1. 1937, § 37 des Wehrgesetzes vom 21. 5. 1935. Auch in den Fällen, in denen der Erlaß einer Verordnung der Reichsregierung vorbehalten ist, wie in § 12 des Reichsautobahnengesetzes oder etwa in § 16 des Deutschen Beamtengesetzes können wir von einem Vorbehalt der Führerverordnung sprechen, da es sich hier ebenso wie bei den Regierungsgesetzen letzten Endes um Akte des Führers handelt.

Beispiele für den Sondervorbehalt für Führerverfügungen sind das Begnadigungsrecht gemäß § 8 des Reichsstatthaltergesetzes vom 30. 1. 1935, das Niederschlagungsrecht gemäß Art. 2 des 1. Gesetzes zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich in Verbindung mit § 1 des Staatsoberhauptgesetzes, § 71 des Deutschen Beamtengesetzes.

2. Der Sondervorbehalt des Gesetzes.

Neben diesem Sondervorbehalt des Führerwillens schlechthin gibt es einen Sondervorbehalt des formellen Gesetzes, der darin besteht, daß bestimmte Angelegenheiten nur in der Form des Gesetzes zu regeln sind. Für diese Sondervorbehalte des Gesetzes bedarf es einer Prüfung im Einzelfall, ob der spezielle Vorbehalt zwingend oder übertragbar gemeint ist, ob er nur durch ein förmliches Gesetz ausfüllbar ist oder auch durch eine auf einem förmlichen Gesetz beruhende Verordnung.

Der Sondervorbehalt im § 2 Abs. 4 Satz 1 der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935, nach dem neue Pflichten den Gemeinden nur durch Gesetz auferlegt werden können und Eingriffe in die Rechte der Gemeinden nur im Wege des Gesetzes zulässig seien, ist ein zwingender Sondervorbehalt. Das geht einmal daraus hervor, daß Satz 2 des Abs. 4 von Verordnungen spricht und im Gegensatz dazu „Gesetz" im Satz 1 nur als formelles gemeint sein kann. Das ergibt sich ferner aus der amtlichen Begründung, in der es unter anderem heißt: „Eine ruhige und stete Verwaltungsführung in den Gemeinden, die für den Neuaufbau unentbehrlich ist, erfordert es, für die Gemeinden einen nur durch Gesetz veränderbaren Pflichtenkreis festzulegen und ihnen ihre Rechte insoweit zu sichern, als ein Eingriff in diese nur durch Gesetz erfolgen darf . . . Der § 2 Abs. 4 läßt demnach die Auferlegung neuer Pflichten und Eingriffe in die Rechte der Gemeinden nur durch Gesetz, nicht durch Verordnung oder Verwaltungsverordnung zu" [289]).

289) Vgl. Surén-Loschelder. Begründung S. 47.

Zweifelhafter ist die Auslegung des § 6 der 1. Durchführungsverordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14. November 1935, in dem es im Abs. 1 heißt: „Soweit in Reichsgesetzen oder in Anordnungen der NSDAP. und ihrer Gliederungen Anforderungen an die Reinheit des Blutes gestellt werden, die über § 5 hinausgehen, bleiben sie unberührt."

Die herrschende Lehre [290]) hält diesen Vorbehalt für einen materiellgesetzlichen, sodaß ihm auch durch Rechtsverordnungen Genüge geschehe; dies rechtfertige sich daraus, daß die Gesetze heute vielfach Rahmengesetze seien und die Bestimmungen in den auf ihrer Grundlage ergangenen Verordnungen als Bestandteile der Gesetze angesehen werden könnten. Angesichts dieser herrschenden Lehre ist es allerdings zweifelhaft, warum der Vorbehalt von Reichsgesetzen spricht; soll damit vielleicht der Gegensatz zum „Landesgesetz" herausgestellt werden, obgleich dieses Landesgesetz doch heute materiell ebenfalls Reichsrecht ist?

Der Vorbehalt würde wohl richtiger nicht so weit ausgelegt. Es kann ihm durch eine Rechtsverordnung nur dann Genüge geschehen, wenn der Erlaß gerade dieser Rechtsverordnung in einem Gesetz s p e z i e l l delegiert ist [291]).

Ergebnis.

Es gibt im nationalsozialistischen Verfassungsrecht einen Vorbehalt des Führerwillens und einen Vorbehalt des Gesetzes.

Der Vorbehalt des Führerswillens wird durch den Vorrang, den Allgemeinvorbehalt und den Sondervorbehalt des Führerwillens umschrieben, wobei unter Allgemeinvorbehalt zu verstehen ist, daß jede Anordnung, die die Rechtsstellung der Volksgenossen im allgemeinen Gemeinschaftsverhältnis betrifft, durch den Führer oder auf Grund einer Ermächtigung des Führers getroffen werden muß, mit Ausnahme des selbständigen Verwaltungsaktes, der durch eine oberste Reichsbehörde erlassen wird.

Der Vorbehalt des Gesetzes wird durch den Vorrang und den Sondervorbehalt des förmlichen Gesetzes umschrieben.

---

290) Vgl. Stuckart-Globke S. 78.

291) Vgl. z. B. § 1 a d. alten Reichsbeamtengesetzes, wo bestimmt war: Wer als Person nichtarischer Abstammung zu gelten hat, bestimmt sich nach den Richtlinien, die der Reichsminister des Innern erläßt. Auf diese Bestimmung verweist u. a. § 6 des Schriftleitergesetzes, sodaß in diesem Paragraphen die spezielle Delegation gesehen werden kann.

Lebenslauf.

Ich wurde am 6. Juli 1913 als Tochter des Studienrats Prof. Dr. Oskar Dieckmann und seiner Ehefrau Margarete geborene Boetzelen in M.-Gladbach geboren. Nach dreijährigem Besuch der Volksschule trat ich in die damals noch bestehende 7. Klasse des Staatlichen Oberlyzeums zu M.-Gladbach ein und bestand nach zehnjährigem Besuch dieser Anstalt Ostern 1932 die Reifeprüfung. Von meinen sieben rechtswissenschaftlichen Studiensemestern verbrachte ich zwei in Bonn, eins in Kiel, eins in Berlin und wiederum drei in Bonn. Am 30. November 1935 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Düsseldorf. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 5. Mai 1937 ab. Ich bin zur Zeit als Gerichtsreferendarin im Vorbereitungsdienst.

Die Dissertation entstand auf Anregung und unter Leitung von Herrn Dozenten Dr. Friesenhahn, dem ich für seine Hilfe bei der Anfertigung der Arbeit herzlich danke.